# Stellung und Funktionen des Gerichtsoffiziers im geltenden Militärstrafprozeßverfahren.

Systematisch dargestellt.

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Königlichen Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen



vorgelegt von

**Erich Süskind**

aus Stuttgart

Referendar am Kgl. Amtsgericht Stuttgart-Amt

Leutnant der Reserve

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig,

Großbetrieb für Dissertationsdruck.

1917.

Genehmigt am 27. Juli 1917.

---

Referent: Professor Dr. Hegler.

Dem Andenken
meiner verstorbenen Eltern
gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis.

# Literaturverzeichnis.


1. Systematische Darstellungen.

**Bennecke** u. **Beling**, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. Breslau 1900.
**Birkmeyer**, Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin 1898.
Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von **Holtzendorff** u. **Kohler**. 7. Aufl.
**Hellwig**, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. Bd. 1. Leipzig 1903.
**v. Kries**, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i. B. 1892.
**Laband**, Staatsrecht Des deutschen Reichs in 4 Bdn. 5. Aufl. Tübingen 1914.
**Laband**, Deutsches Reichsstaatsrecht. Bd. 1 des Öffentlichen Rechts der Gegenwart.
**v. Marck**, Der Militärstrafprozeß in Deutschland und seine Reform. Berlin 1895.
**Mittermaier**, Die Militärstrafgerichtsordnung v. 1. 12. 1898. Berlin 1899 (Guttentag). Auch in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 19 S. 533 ff.
**Rosenfeld**, Der Reichsstrafprozeß. 4./5. Aufl. Berlin 1912.
**Steidle**, Lehrbuch der deutschen Militärstrafgerichtsordnung für Armee und Marine. Leipzig 1901.
**Wach**, Handbuch des deutschen Zivilprozesses 1885.
**Weiffenbach**, Einführung in die Militärstrafgerichtsordnung. Berlin 1900.

2. Kommentare.

**Elsner v. Gronow** u. **Sohl**, Militärstrafrecht. Berlin 1906.
**Entwurf** und **Begründung** einer Militärstrafgerichtsordnung, in Berichte der Verhandlungen des Deutschen Reichstags IX. Legisl.-Periode V. Session 1897 bis 1898. Stenographische Berichte Anlage Bd. 1.
**Herz** u. **Ernst**, Strafrecht der Militärpersonen. Berlin 1905.
**v. Koppmann**, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung. München 1901.
**Lelewer**, Die (österr.) Militärstrafprozeßordnung. Wien 1901.
**Rotermund**, Die Kaiserlichen Verordnungen v. 28. 12. 1899 über die Strafrechtspflege beim Herre in Kriegszeiten. Hannover 1916.
**Romen** u. **Rissom**, Die Militärstrafgerichtsordnung v. 1. 12. 1898. Berlin 1910.
**Schlayer**, Militärstrafrecht. Bd. 3. Handbuch der Gesetzgebung. Berlin 1904.
**Stenglein**, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung. Berlin 1901.
**Sturm** u. **Walde**, Militärstrafgerichtsordnung. Handausgabe. Leipzig 1899. — In Meinhols jur. Handbibliothek Bd. 96.
**Weigel**, Militärstrafgerichtsordnung. Handausgabe. München 1899.

3. Abhandlungen, Leitfaden u. a.

**Becker**, Die Grenzen der gerichtsherrlichen Befugnisse. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 25.
**v. Bippen**, Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Gerichtsherrn und seinen Militär-Justizbeamten. Im Archiv für Strafrecht 52. Jahrg.
**Dietz**, Handwörterbuch des Militärrechts. Rastatt 1912.
**Elsner v. Gronow**, Leitfaden für Gerichtsoffiziere. Handbibliothek des Offiziers Bd. 19.
**Hegler**, Zur Stellung der Gerichte im Strafverfahren. Festschrift für Karl Binding Bd. 2, 1911 (auch im Sonderdruck erschienen).

**Keller,** Die Aufgaben des Militärstrafprozesses für das Deutsche Reich. Berlin 1877.
**Ph. O. Mayer,** Erörterungen aus der militärstrafrechtlichen Theorie und Praxis. 1. Kommandogewalt und Gerichtsherr. Berlin 1908.
**v. Marck,** Kritische Betrachtungen zur Militärstrafprozeß-Vorlage. Berlin 1898.
**Ötker,** Gericht, Gerichtsherr, Verteidigung. Leipzig 1898.
**Rehm,** Wesen und oberste Prinzipien der neuen Militärgerichtsbarkeit. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 19.
**Rissom,** Militärgerichtsbarkeit und Kommandogewalt. Im Archiv für Strafrecht und Strafprozeß von Goltdammer Bd. 56 u. 58.
**Rissom,** Das Mitprüfungsrecht der richterlichen Beamten. Im Archiv für Strafrecht Bd. 53.
**Rissom,** Die Trenuung von Anklage und Richteramt in der Militärjustiz. Im Archiv für Militärrecht Bd. 5.
**Schlayer,** Das Militärstrafrecht früher und heute. In Deutsche Strafrechtszeitung 1. Jahrg. 1914.
**Schmölder,** Die §§ 97 u. 102 der Militärstrafgerichtsordnung. Im Archiv für Strafrecht 50. Jahrg. Heft 5.
**Solms,** Zur Frage der Militärstrafprozeßordnung. In Deutsche Juristenzeitung 1. Jahrg. 1896.
**Weiffenbach** u. **Wolff,** Handbuch für die Ausübung der niederen Gerichtsbarkeit in Friedenszeiten. Berlin 1901.

### 4. Judikatur.

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Bd. 1—18 (abgekürzt: ERMG.).
Generalregister zu Bd. 6—10 der Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts und Zusammenstellung der Prüfungsergebnisse (abgekürzt PrErg.). Bd. 1—13. Berlin 1908.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes (abgekürzt: ERG.). Leipzig.

Einleitung.

# Das Charakteristische des Militärstrafprozeßverfahrens: der Gerichtsherr.

## § 1.

### a) Gerichtsbarkeit und Kommandogewalt.

Die am meisten in die Augen fallende Eigentümlichkeit des Reichsmilitärstrafprozesses gegenüber dem bürgerlichen Strafprozeß ist die Verknüpfung der Gerichtsbarkeit im weiteren Sinne mit der Befehls- oder Kommandogewalt.

Die Gerichtsbarkeit i. w. S. kann man ganz allgemein [1]) auffassen als Recht beziehungsweise Tätigkeit betreffend die Rechtspflege überhaupt oder anders gewendet (mit v. Marck [2]) subjektiv als „die Befugnis, Angelegenheiten, die dem Recht nach durch Gerichte zu entscheiden sind, auf diese Weise zur Erledigung zu bringen" und objektiv als „die Gesamtheit der vor die Gerichte gehörenden Angelegenheiten".

Was die Einteilung derselben anbelangt, so unterscheidet v. Marck hierbei wieder die eigentliche Gerichtsherrlichkeit: „die Veranstaltungen zur Ermöglichung eines Urteils" einerseits und die Gerichtsbarkeit im engeren Sinne, „die Urteilsfindung" auf der anderen Seite. So darf dieser Unterschied freilich im allgemeinen heute wohl nicht mehr gefaßt werden, vielmehr ist mit Wach, Handb. d. dtsch. Zivilproz. Bd. 1 (1885) S. 310 f. Gerichtsherrlichkeit gleich Justizverwaltung, d. i. die auf Ermöglichung der Rechtspflege gerichtete Funktion im Gegensatz zur eigentlichen Rechtspflegefunktion, Gerichtsbarkeit im engeren Sinn, zu fassen. Letztere ist zu eng gefaßt, wenn sie, wie es v. Marck [3]) und

---

[1]) In diesem ganz allgemeinen Sinn ist die „Gerichtsbarkeit" in § 12 MStGO. verstanden; s. dazu den nicht unberechtigten Tadel bei Mittermaier in ZStW. Bd. 19 S. 579 f. und unten § 3.

[2]) v. Marck, Der Militärstrafprozeß in Deutschland und seine Reform, Berlin 1895, S. 26 f. Ähnlich Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches 5. Aufl. Bd. 3 S. 369.

[3]) s. übrigens auch v. Marck selbst, Krit. Betr. S. 9: „Gerichtsbarkeit im engeren Sinn, hauptsächlich und früher ausschließlich in der Urteilsfindung bestehend".

eine auch sonst im Anschluß an frühere Anschauungen vertretene Anschauung tut, auf die Urteilsfindung beschränkt wird; erstere zu weit, wenn zu ihr z. B. Zwangsgewalt, prozeßleitende Verfügungen, Strafvollstreckung u. a. gezählt werden. (v. Marck a. a. O. S. 27 Anm. 3; Krit. Betr. S. 9.) Die ältere Auffassung wirkt aber in der Militärstrafgerichtsordnung noch erkennbar nach.[1])

Diese Verknüpfung der Gerichtsbarkeit i. w. S. mit der Kommandogewalt tritt in Erscheinung besonders in dem Institut des Gerichtsherrn, der „dem Militärstrafprozeßverfahren das eigentliche Gepräge gibt“. (So Dietz in Holtzendorffs Enzykl. 7. Aufl. Bd. 5 S. 235.)

Gerichtsherr ist der Inhaber der Kommandogewalt, der Befehlshaber gewisser selbständiger Verbände (§§ 19 ff. MStGO.), besonders der Regimentskommandeur, Bezirkskommandeur bei der niederen, kommandierender General und Divisionskommandeur bei der höheren Gerichtsbarkeit.[2])

Nach § 12 MStGO. wird durch ihn die „Militärgerichtsbarkeit“ „ausgeübt“. Seine Kommandogewalt und die mit der Gerichtsbarkeit ihm übertragenen Befugnisse stehen im engsten Zusammenhang: Diese wird gleichzeitig mit jener übertragen, der Bereich seiner Gerichtsbarkeit bestimmt sich prinzipiell nach dem Bereich seiner Befehlsgewalt (§ 25 MStGO.).

Diese Verknüpfung finden wir aber nicht nur bei dem „Gerichtsherrn“, sondern auch weiterhin in sofern, als uns im Militärstrafprozeß der „Kontingentsherr“ entgegentritt (§§ 18 Abs. 4, 21, 79 Abs. 2, 418 MStGO.; vgl. dazu § 4 EG. z. MStGO.). Dieses ist der Landesherr einer der vier jetzt tatsächlich nur noch bestehenden Kontingente der Bundesstaaten Preußen, Bayern, Sachsen und Württemberg als militärischer Dienstherr seiner Truppen (vgl. Laband, Staatsrecht d. Deutschen Reichs 5. Aufl. Bd. 4 S. 59).

Aber auch noch darüber hinaus erscheint der Kaiser in den §§ 18 Abs. 4, 21, 79 Abs. 2, 418, 422 MStGO., und zwar in seiner Eigenschaft als oberster Kriegsherr, wie dies Art. 63 bezw. Art. 53 der Reichsverfassung bestimmt. Nach dieser steht dem Kaiser der Oberbefehl über das Heer zu (neben dem Oberbefehl über die Kriegsmarine des Reichs), er ist die höchste militärische Kommandogewalt, die zwar zugunsten des Kontingentsherrn eingeschränkt ist (durch die Staatsverträge bezw. Militärkonventionen mit den einzelnen

---

[1]) So v Marck, Krit. Betr. S. 10, es seien stärkere Reste der „Gerichtsherrlichkeit“ (sc. im früheren Sinn) dem Inhaber der Kommandogewalt bezw. dem von ihm Delegierten verblieben.

[2]) Im einzelnen s. §§ 19—33 MStGO.

Kontingentstaaten). Aber auch durch diese Verträge ist die grundsätzliche Stellung des Kaisers als des obersten militärischen Befehlshabers aufrecht erhalten, somit auch hier die Verknüpfung von Gerichtsbarkeit i. w. S. mit der höchsten Befehlsgewalt.

Daß diese Verknüpfung nicht lediglich eine lose ist, daß die Gerichtsbarkeit i. w. S. nicht lediglich eine Nebenbeschäftigung des Befehlshabers sein soll, geht aus dem ganzen Aufbau des Militärstrafprozesses hervor. Vgl. die Begründung (RT. 9. LP. V. Sess. 1897/98 Anl. Bd. 1 Nr. 6) S. 47: „Auf die ‚Verbindung' der Gerichtsbarkeit mit der militärischen Kommandogewalt muß ein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Denn sie steht im engsten Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit für die Disziplin. Diese Verantwortlichkeit läßt sich nicht teilen, und die Unteilbarkeit führt mit zwingender Notwendigkeit dahin, daß nicht nur die Anklageerhebung, sondern auch die Leitung des gesamten, der Urteilsfällung vorausgehenden Verfahrens in der Hand des Gerichtsherrn ruhen muß usw."

Verschiedenheit der Auffassung dieses grundlegenden Verhältnisses zwischen Kommandogewalt und Gerichtsbarkeit i. w. S. finden wir in der Literatur, die sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt.

Die Antwort wurde schon in weitestgehender Auffassung dahin formuliert, daß die Militärgerichtsbarkeit in Deutschland überhaupt als Ausfluß der Kommandogewalt, noch schärfer der persönlichen kriegsherrlichen (kontingentsherrlichen) Befehlsgewalt aufzufassen sei. So Dietz in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 5 S. 234, der mit Berufung auf die historischen Entwicklung des Militärstrafprozesses und die Begründung ausführt: „Die Militärgerichte sind Gerichte des Kriegsherrn (der Kontingentsherren), und zwar aus eigenstem persönlichen Recht, gewesen und geblieben". „In konsequenter Durchführung des Gedankens, daß die Militärgerichtsbarkeit ein Ausfluß der Kommandogewalt sei, steht im Mittelpunkte des militärgerichtlichen Verfahrens der Gerichtsherr" bemerkt die Begr. z. MStGO. S. 12. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Rissom in Bd. 56 S. 168ff., bes. S. 179, Bd. 58 S. 48 von GoltdArch. für Strafrecht nach vorausgegangener eingehender Untersuchung, ob die Militärgerichtsbarkeit Ausfluß der Justizhoheit oder der militärischen Kommandogewalt sei, indem er ausführt: „Die Militärgerichtsbarkeit Betätigung der Kommandogewalt, nicht überwiesene Nebenbeschäftigung: dies Ergebnis ist in den bisherigen Darlegungen aus dem Wesen der militärischen Macht und der geschichtlichen Entwicklung des preußischen Heerwesens gewonnen worden" (Bd. 58

S. 48),[1] s. auch Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. 4 (5. Aufl. 1914) S. 116: „Die Militärgerichtsgewalt ist in der militärischen Befehlsmacht enthalten, mithin ein Recht des Kontingentsherrn".

Besonderer Erwähnung bedürfen hier noch die Ausführungen v. Marcks in „Der Militärstrafprozeß in Deutschland und seine Reform", Berlin 1895, der von der Frage ausgeht, ob die Militärstrafgerichtsbarkeit als Ausfluß der kriegsherrlichen Kommandogewalt oder der allgemeinen Strafgewalt anzusehen sei (vgl. Bd. 2 S. 39): „Aber einen weiteren Schritt des bürgerlichen Rechts hat das Militärrecht hier nicht mitgemacht, das ist die Entwicklung der Gerichte zu Staatsgerichten, die zwar im Namen des obersten Kriegsherrn, dies jedoch nur als des Oberhaupts und Vertreters des Staates, Recht sprechen; vielmehr sind die Militärgerichte Gerichte des Kriegsherrn, aus eigenstem persönlichen Rechte desselben geblieben".

Diese Ansicht, zumal in dieser Zuspitzung, unterliegt aber erheblichen Bedenken. Auch die Zivilgerichte üben doch die Gerichtsbarkeit im Namen des Staatsoberhauptes, des Königs usw. aus, der als fons iustitiae gilt. Hier sollen die Militärgerichte (bezw. Gerichtsherren) dieselben aber nicht im Namen des Fürsten als Staatsoberhaupts, sondern als Kriegsherrn (Kontingentsherrn) ausüben, als Trägers der — von der allgemeinen Staatsgewalt abgezweigt gedachten — Kommandogewalt. Diese Scheidung der letzteren und der ersteren ist aber überhaupt eine künstliche[2]) unter ganz bestimmten Gesichtspunkten (Frage der Gegenzeichnung) getroffene[3]) und darf ohne Not nicht auf andere Fragen wie die der Gerichtsbarkeit übertragen werden. Besonders unannehmbar ist es, wenn sich mit dieser Richtung eine Scheidung nach der Quelle verbindet, aus der diese und jene Gewalt in letzter Linie für den Fürsten abfließt, wie bei v. Marck u. Dietz, wo mit dem Gegensatz „Ableitung vom Staat" — „Ableitung aus seiner Person" operiert wird.

---

[1]) Ebenso Rissom im Handwörterbuch des Militärrechts, herausgegeb. von Dietz, unter dem Stichwort „Verfahren, militärgerichtliches" S. 796: „Die Militärgerichtsbarkeit ist Ausfluß der Kommandogewalt", und unter dem Stichwort: „Militärstrafgerichtsordnung, Geschichte und allgem. Grundzüge" S. 539: „Seit der Bildung der stehenden Heere hat sich in Deutschland die Militärstrafgerichtsbarkeit entwickelt als Ausfluß der Kommandogewalt".

[2]) s. auch Rissom a. a. O. S. 182 Ziff. 3; s. weiter Laband a. a. O. Bd. 4 S. 156 betr. die militärischen dienstlichen Befehle: „Diese Gewalt . . . ist ein Anwendungsfall der Staatsgewalt selbst"; derselbe 4. Aufl. Bd. 4 S. 34: „im Grunde fließen Regierungsgewalt und Kommandogewalt in der einen und einheitlichen Staatsgewalt zusammen".

[3]) s. Laband 4. Aufl. Bd. 4 S. 134. In der neuesten Auflage ist der ganze § 97 geändert.

Richtig ist nur [1]) die genannte enge Verbindung von Gerichtsbarkeit i. w. S. mit der militärischen Kommandogewalt, aber als bloßer Personalunion — Rehm (ZStW. Bd. 19 S. 421) spricht von „Zubehör" der militärischen Kommandogewalt, „Anlehnung" an die Kommandoführung —, richtig auch, daß die Militärgerichtsbarkeit Ausfluß der staatlichen Militärhoheit ist, nicht der staatlichen Justizhoheit. So formuliert auch die Frage Rissom a. a. O. Bd. 56 S. 168 ff.; erst S. 171 ff. kommt dann die Fragestellung: Ausfluß der „Kommandogewalt" oder der Justizgewalt?

So formuliert weiterhin die Frage besonders Rehm, ZStW. Bd. 19 S. 416 ff., der sie in diesem Sinne beantwortet, während er die Frage, ob sie Ausfluß der Kommandogewalt ist, verneint; a. a. O. S. 419 ff.: Die Ausübung des Bestätigungsrechtes betrachtet er aber als Ausfluß der Kommandogewalt. Vgl. auch Laband a. a. O. Bd. 4 S. 60 ff., der als in der „Militärhoheit" begriffen nebeneinander aufführt: 1. Kommandogewalt, 2. Militärgerichtsbarkeit, 3. Militärverwaltung; s. freilich andererseits denselben a. a. O. Bd. 4 S. 116 (s. oben S. 4).

Das Staatsoberhaupt kommt hier als Kontingentsherr, Kriegsherr in Betracht, (was aber mit dem zuvor Bekämpften nicht identisch ist,) als Träger der allgemeinen Staatsgewalt in einer bestimmten Richtung.

Als Rechtfertigungsgrund für diese enge Verbindung von Gerichtsbarkeit i. w. S. und militärischer Kommandogewalt wird die Verantwortung des Befehlshabers für die militärische Disziplin angeführt. Dies betonen die Motive (B. Grundlagen des Entwurfs, II. Ausübung der Militärstrafgewalt, 1. Der Gerichtsherr und seine Organe S. 146): „Auf die Verbindung der Gerichtsgewalt mit der militärischen Kommandogewalt muß ein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Denn sie steht im engsten Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit für die Disziplin. Diese Verantwortlichkeit läßt sich nicht teilen, und die Unteilbarkeit führt mit zwingender Notwendigkeit dahin, daß nicht nur die Anklageerhebung, sondern auch die Leitung des gesamten der Urteilsfällung vorausgehenden Verfahrens in der Hand des Gerichtsherrn ruhen muß". Und S. 145: „Eine den modernen Rechtsanschauungen nicht mehr entsprechende Militärstrafgerichtsordnung ist vom Übel. Ein weit größeres Übel für die Armee würde aber ein solches sein, das geeignet wäre, die militärische Disziplin zu gefährden". Ferner S. 145 unten: „Die militärische Disziplin steht und fällt mit der unbedingten, jede fremde Einwirkung ausschließenden

---

[1]) s. gegen die abweichende Ansicht auch noch unten § 2 S. 7 ff. d. Arbeit.

Autorität der Kommandogewalt. In der Anerkennung nur einer in der Person des obersten Kriegsherrn gipfelnden und in allem auf diese zurückführenden Autorität beruht das Geheimnis des militärischen Gehorsams und der militärischen Disziplin".

Vgl. auch Dietz a. a. O. S. 235, der mit Berufung auf die Motive die Militärgerichtsbarkeit als Ausfluß der Kommandogewalt auf das Disziplinarinteresse zurückführt; s. auch Rissom a. a. O. Bd. 56 S. 182. Derselbe führt auch im Handwörterbuch für Militärrecht unter Stichwort „Disziplin" S. 224 aus: „Das Militärstrafrecht als Sonderrecht ist gerade in den Interessen der Disziplin begründet".

Dagegen stehen die Erörterungen Stengleins in seinem Komm. z. MStGO., Berlin 1901, S. 17: „Die Motive des Entwurfes führten die Funktionen des Gerichtsherrn auf den Zusammenhang der Militärstrafgerichtsbarkeit mit der Disziplin zurück, weil jene in den Forderungen der Disziplin wurzeln. Der Jurist wird dies nie zugestehen können, sondern muß in der Ausübung jeder Gerichtsbarkeit den Ausfluß des Rechts des Staates auf Strafe als direkte Rechtsfolge erkennen und wird finden, daß die verschiedenen Rechte des Gerichtsherrn sich innerlich widersprechen. Da aber der Staat sein Recht der Strafverfolgung gesetzlich nach Gutdünken übertragen kann, handelt es sich nicht mehr um den Beweggrund, der den Gesetzgeber vermochte, so und nicht anders zu verfahren, sondern lediglich um Vollzug des Gesetzes. Die Motive haben auch nirgends Ausdruck im Gesetze gefunden und werden hier nur erwähnt, um zu betonen, daß angebliche Forderungen der Disziplin nicht als Interpretationsmittel für das Gesetz benutzt werden dürfen".

Zweifellos wäre Stenglein vom streng juristischen Standpunkt aus hier im Recht, wenn nicht gerade dieser Standpunkt in dem Militärstrafprozeß, der als Sonderprozeß auch besonderer Beurteilung bedarf, öfters durch das militärische Disziplinarinteresse durchkreuzt wäre. Und eine solche Durchkreuzung ist — wie die Motive in den oben angeführten Stellen zeigen — im Interesse der militärischen Autorität und der Disziplin erfolgt. Dies wird man als berechtigt anerkennen müssen, wenn man, wie oben schon ausgeführt, die Militärstrafgerichtsbarkeit nicht als Ausfluß der Justizhoheit, auf den Gerichtsherrn als Nebenbeschäftigung übertragen ansieht, wie augenscheinlich Stenglein, sondern als Ausfluß der Militärhoheit, vollends gar der Kommandogewalt.

Und daß im Gegensatz zu Stengleins Behauptung die Grundsätze der Motive im Gesetz Ausdruck gefunden haben — wenn man dies überhaupt entscheidend sein lassen will —, ergibt sich z. B. — negativ — aus dem Fehlen eines besonderen selb-

ständigen Untersuchungsrichters, der aus Gründen der militärischen Autorität des Gerichtsherrn in der Militärstrafgerichtsordnung keine Aufnahme fand.

Vgl. dazu auch Koppmann, Komm. z. RMStGO., München 1901, S. 45: „Inhaltlich der Motive erschien es nicht angängig, dem Gerichtsherrn lediglich die Befugnisse einer „Strafverfolgungsbehörde“ zu überweisen, die Führung der Untersuchung aber einem von ihm unabhängigen Untersuchungsrichter zu übertragen und damit seinem bestimmenden Einfluß zu entziehen. Ein derartiges Zurückdrängen der militärischen Autorität zugunsten des juristischen Elements hielt man regierungsseitig nicht als den militärischen Verhältnissen entsprechend; der für die Disziplin verantwortliche Militärbefehlshaber müsse vielmehr auch während des Ermittelungsverfahrens stets in der Lage sein, für die Wahrung der militärischen Interessen wirksam Sorge tragen zu können“.

§ 2.

## b) Die Stellung des Gerichtsherrn im Militärstrafprozeßverfahren.

Im Zusammenhang mit der oben S. 5 ff. angeführten Anschauung steht, daß der militärische Befehlshaber, der Gerichtsherr als Herr des ganzen Verfahrens betrachtet, daß die Autorität des Inhabers der Kommandogewalt als unbedingt das Verfahren beherrschend aufgefaßt wird, daß somit alle Militärgerichtsbarkeit i. w. S. als Ausfluß der Kommandogewalt in diesem Sinne bezeichnet und die ganze Gerichtsbarkeit i. w. S. als in seiner Hand konzentriert gedacht wird. Wie schon oben am Ende des § 1 der Arbeit erwähnt, wird dies regelmäßig im Anschluß an die Motive mit den Rechten der militärischen Disziplin begründet, die eben eine einheitlich leitende Autorität erfordere.

Ganz zu Ende gedacht, müßte diese Ansicht dazu führen, daß alle im Militärstrafprozeß auftretende Organe nur schlechtweg abhängige Organe des militärischen Befehlshabers, des Gerichtsherrn wären. Oder noch konsequenter, noch mehr zentralisierend: des übergeordneten „höheren“ Gerichtsherrn. Eine derartige Stellung des „höheren“, übergeordneten Gerichtsherrn zum untergeordneten — um dies zunächst zu erledigen — wird aber in der Literatur — mit Ausnahme der Ausführungen Ph. O. Mayers in den „Erörterungen aus der militärstrafrechtlichen Theorie und Praxis“ S. 3 f. — mit Recht verneint. So sehen sich Dietz a. a. O. S. 237 f. und selbst Rissom, Handwörterbuch für Militärrecht, „Anweisungsrecht“ S. 41 f., derselbe in GoltdArch. Bd. 58 S. 48 ff.

gezwungen, darauf zu verzichten, diese äußerste Konsequenz ihres Aufbaues der Militärstrafgerichtsbarkeit als des reinen Ausflusses der einheitlichen militärischen Kommandogewalt zu ziehen, da „eine gesunde Rechtspflege dies nicht vertragen würde“ (Dietz a. a. O. S. 237) und zuzugeben, daß der § 24 MStGO. nur in ganz bestimmten einzelnen, in Satz 1 aufgeführten Fällen [1]) dem übergeordneten Gerichtsherrn im Verhältnis zum untergeordneten ein Anweisungsrecht, ein generelles Anweisungsrecht oder ein allgemeines Dienstaufsichtsrecht über die Ausübung der Militärstrafgerichtsbarkeit dagegen nicht einräumt, wie dies auch Weiffenbach in seiner „Einführung in die MStGO.“ S. 26 f. besonders hervorhebt. Dieses letztere ist ja vom Gesetz (§ 112 MStGO.) ausdrücklich der Militärjustizverwaltung übertragen.[2])

Die Stellung des übergeordneten Gerichtsherrn ist somit, der geschichtlichen Tradition der preuß. Militärstrafgerichtsordnung folgend, eine instanzenähnliche, woraus folgt, daß der übergeordnete Gerichtsherr nicht allgemeine Anweisungen für künftige Fälle geben, sondern nur im Einzelfall und dann auch nur im Rahmen des § 24 MStGO. in das Verfahren des untergeordneten Gerichtsherrn eingreifen kann.

Aber auch die erstgenannte Auffassung, daß alle innerhalb des Bereichs der Gerichtsbarkeit eines Gerichtsherrn amtlich Auftretenden schlechtweg „Organe“, und zwar prinzipiell abhängige „Organe“, Gehilfen des militärischen Befehlshabers wären, die lediglich dessen Weisungen nachzukommen hätten und durch dieselben ohne weiteres bis ins einzelne geleitet werden könnten, so daß als der einzige und eigentliche Träger der Militärgerichtsbarkeit der Gerichtsherr als der militärische Befehlshaber der Ausübung nach, der Innehabung nach der Kriegsherr (Kontingentsherr) erscheinen wird, und daß auch insbesondere die erkennenden Gerichte, obgleich unabhängig, doch nur als „Organe“, Gehilfen des Gerichtsherrn zu betrachten wären, unterliegt de lege lata erheblichen Zweifeln. Vertreten wird diese Ansicht von Rissom in GoltdArch. f. Strafr. Bd. 58 S. 56: „Auch die er-

[1]) vgl. auch noch § 247 Abs. 2 MStGO.

[2]) Weiffenbach, Militärrechtliche Erörterungen S. 14, erklärt den Gerichtsherrn nur für den Einzelfall nach § 24 MStGO. befugt; Rissom a. a. O. Bd. 58 S. 51 läßt die Frage offen, ob auch auf den vier im § 24 genannten Gebieten allgemeine Anweisungen erteilt werden können, meint aber — aus dem von ihm vertretenen Prinzip heraus —, man werde daneben eine allgemeine Dienstaufsicht nicht völlig ausschließen können, dahingehend, ob die Wirksamkeit des Gerichtsherrn ihn zur Ausfüllung der betreffenden Befehlshaberstelle dauernd geeignet erscheinen lasse. Im ersten Punkt ist Weiffenbach beizutreten; die letztere Annahme ist bedenklich gegenüber § 112 MStGO., es handelt sich eben doch dabei um Aufsicht über die Ausübung der Militärstrafgerichtsbarkeit.

kennenden Gerichte können in derselben Weise wie die gleichfalls unabhängigen und nur dem Gesetz unterworfenen preußischen Spruchgerichte als Organe des Gerichtsherrn bezeichnet werden ..."); s. auch a. a. O. Bd. 57 S. 61: „Das erkennende Gericht ist umklammert und eingeschlossen von der Machtfülle des Gerichtsherrn, des Inhabers der Kommandogewalt", sowie im Arch. f. MilR, Bd. 4 S. 343: „... über den Urteilsspruch des erkennenden Gerichts, das selbst Organ des Gerichtsherrn ist ..."

Ähnliche Gedankengänge finden wir bei Dietz a. a. O., der ausführt, daß der Gerichtsherr als der eigentliche Träger der Gerichtsbarkeit, als der dominus litis zu betrachten ist; S. 237: „Die Gerichtsbarkeit wird von den Befehlshabern ausgeübt, denen sie gleichzeitig mit der Dienststelle übertragen ist": „Der Gerichtsherr ist der Mittelpunkt des Verfahrens, der dominus litis, der eigentliche Richter". S. 243: Der Gerichtsherr sei „der eigentliche und alleinige Richter", „der Untersuchungsführer, der Vertreter der Anklage, ... das Gericht sind seine Organe". S. 242: „Dem Gerichtsherrn als Träger der Gerichtsbarkeit ..." S. auch Laband a. a. O. Bd. 4 S. 116 f.: Gerichtsherr als „Träger der militärischen Gerichtsgewalt", deren Ausübung ihm vom Kontingentsherrn durch Übertragung einer militärischen Befehlshaberstelle übertragen ist und die er nach den von den erkennenden Gerichten gefundenen Urteilen auszuüben hat.

Aber gegen diese Anschauungen erwachsen aus dem Gesetze selbst erhebliche Bedenken. Wir sehen, daß das System der lex lata nicht einheitlich durchgeführt ist, so daß sich Zwiespältiges ergibt.

Einmal ist bestimmt, daß die im Militärstrafprozeß hauptsächlich amtlich Tätigen, die richterlichen Militärjustizbeamten und die Gerichtsoffiziere prinzipiell (s. u.) den Weisungen des Gerichtsherrn Folge zu leisten haben (§§ 97 Abs. 1, 102 MStGO.), daß sie ihre Tätigkeit regelmäßig erst auf Grund eines Auftrages desselben beginnen dürfen (§§ 156 Abs. 1, 263 Abs. 2 MStGO.), der Gerichtsherr dabei eingreifen kann (s. § 167 Abs. 1 Satz 1 MStGO.: Treffen von Verfügungen, und § 244 MStGO.: Anordnung der Vervollständigung). Weiter treten selbst die erkennenden Gerichte nur[1]) auf Berufung, „Befehl" des Gerichtsherrn im einzelnen Fall zusammen (§§ 18 Abs. 3, 261 Abs. 1, 264, 386 Satz 1, 387 MStGO.). Der Gerichtsherr bestimmt auch ihre Zusammensetzung (§§ 41, 53, 68 MStGO.; s. noch § 261 Abs. 2 MStGO.), sind aber mit letzterem

[1]) Abgesehen von dem Fall des § 261 Abs. 2 vgl. mit § 18 Abs. 4 MStGO. (wo die Berufung des Gerichts durch den Kaiser bezw. Kontingentsherrn erfolgt) und vom Reichsmilitärgericht.

jedenfalls nicht seine „Organe".[1]) Es handelt sich bei dieser Bestimmung um formelle Justizverwaltungsakte, wie sie auch ähnlich bei Bildung von Schöffen- und Schwurgerichten vorgenommen werden, ohne daß man daran denkt, von Organen der Vornehmenden zu sprechen. Dadurch, daß auch nach der Militärstrafgerichtsordnung die Richter für einen gewissen Zeitraum vorherbestimmt sind (§§ 41, 53, 68 MStGO.), ist sogar ein Unabhängigkeitsmoment gegenüber dem Gerichtsherrn gegeben. Endlich ist noch auf die unten zu besprechende Notwendigkeit der Bestätigung der Urteile hinzuweisen, für die entweder der Gerichtsherr oder ein anderer Befehlshaber, z. B. sogar der oberste Kriegsherr, in Betracht kommt (vgl. §§ 418, 422 MStGO. Bestimmung des Betreffenden durch den Kontingentsherrn bezw. Kaiser); daß auch dadurch keine Organstellung geschaffen wird, darüber s. unten S. 18.

Auf der anderen Seite hat die Militärstrafgerichtsordnung die erkennenden Gerichte als „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen" ausgestaltet (§ 18 Abs. 1 MStGO.)[2].) Nicht also den Weisungen des Gerichtsherrn.[3]) Damit ist im Kernpunkt des Verfahrens die Herrschaft des militärischen Befehlshabers, des Gerichtsherrn durchbrochen.

Es wird sich danach überhaupt fragen, ob man die erkennenden Gerichte noch als „Organe" des Gerichtsherrn bezeichnen kann. Dies tut, wie erwähnt, besonders Dietz, s. o. und a. a. O. S. 235: „Das erkennende Gericht, das ihm (dem Gerichtsherrn) Recht spricht und trotz § 12 MStGO. sein Organ ist". Außerdem a. a. O. S. 240 vgl. mit S. 238, wo die Gerichte unter „Organe des Gerichtsherrn" behandelt sind, a. a. O. S. 243, wo er den Gerichtsherrn als „eigentlichen und alleinigen Richter" und die Gerichte als seine „Organe" bezeichnet. Dietz selbst muß aber a. a. O. S. 241 zugeben, daß das Reichsmilitärgericht[4]) sich als „Organ des Gerichtsherrn" nicht bezeichnen läßt. Er tut dies mit dem merkwürdigem Zusatz: „mag auch der Gerichtsherr bei ihm als dem obersten Gerichtshof des Reiches sich das Urteil darüber holen, ob die von ihm angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruhe". Durch

---

[1]) Rissom in GoltdArch. Bd. 58 S. 56 hat diesen Gesichtspunkt mit dem nächstvorhergehenden zusammen im Auge, wenn die Organstellung „mit Rücksicht auf die Bestellung durch ihn" (den Gerichtsherrn) besteht; s. auch Laband a. a. O. Bd. 4 S. 117 bei Anm. 1.

[2]) Diese Unabhängigkeit ist noch durch weitere Bestimmungen garantiert, so durch § 273 Abs. 2 MStGO.

[3]) vgl. hierzu § 97 Abs. 1 MStGO. betr. die richterlichen Militärjustizbeamten, „soweit sie nicht als Richter bei den erkennenden Gerichten mitwirken", der nach § 102 für die GO. entsprechend gilt.

[4]) Das ja nicht auf Befehl eines Gerichtsherrn zusammentritt, s. o., vgl. § 18 Abs. 3 MStGO.

diesen Zusatz tritt doch gerade die mangelnde Überordnung des „holenden" Gerichtsherrn zutage (bei Dietz herrscht die Vorstellung einer Art Rechtsauskunftsstelle für den „holenden" Gerichtsherrn vor).

Auch Rissom ist in der angeschnittenen Frage derselben Meinung wie Dietz, s. o. und GoltdArch. f. Strafr. Bd. 58 S. 56: „Auch die erkennenden Gerichte können ... als Organe des Gerichtsherrn bezeichnet werden, und zwar mit Rücksicht auf die Bestellung durch ihn und auf die Bestätigung des Urteils", und Handwörterbuch für Militärrecht, „Verfahren, militärgerichtliches" S. 797: „Wenn § 12 MStGO. bemerkt, daß die Militärstrafgerichtsbarkeit ausgeübt werde durch den Gerichtsherrn und die erkennenden Gerichte, so ist dieser Satz ein Programm, und zwar ein unerfülltes. Das ist nicht, oder wenigstens nicht ohne weiteres, wie dies gelegentlich angenommen wird, ein Vorwurf, sondern die natürliche Folge eines schwer verzichtbaren Anspruchs der Kommandogewalt. Auch das erkennende Gericht war und ist Organ des Gerichtsherrn". Was sich gegen die Rissomsche Ansicht betr. § 12 MStGO. geltend machen läßt, soll weiter unten behandelt werden. Jedenfalls gerät auch Rissom in GoltdArch. a. a. O. S. 61 in Schwierigkeiten, sobald er in diesem Zusammenhang auf die Besprechung des Reichsmilitärgerichts kommt; s. a. a. O. S. 61 die charakteristischen Worte: „Eine besondere Betrachtung verdient das Reichsmilitärgericht, das, wie anerkannt werden muß, in das aufgestellte Prinzip ‚Militärgerichtsbarkeit Ausfluß der Kommandogewalt' keineswegs besonders gut hineinpaßt". Wenn eine positivrechtliche Einrichtung in ein aufgestelltes Prinzip nicht „hineinpaßt", so ist dasselbe eben falsch!

Die Überordnung des Reichsgerichts über den Gerichtsherrn, meint er, erkläre sich daraus, daß für dieses keine Kommandogewalt als Gerichtsherr zu finden war (vgl. Handwörterbuch für Militärrecht, „Verfahren, militärgerichtliches" S. 798). Eine solche Unterordnung des Reichsmilitärgerichts unter einen Gerichtsherrn kommt aber nach dem klaren Wortlaut des § 12 MStGO. gar nicht in Frage, höchstens Gleichordnung mit einem solchen.

Auch Mittermaier in ZStW. Bd. 19 S. 572 spricht von dem Gerichtsherrn als dem „Herrn" des erkennenden Gerichts, aber auch nach ihm paßt das Reichsmilitärgericht nicht herein. S. 581: „Im System der Gerichtsbarkeit bilden die Gerichtsherren den Mittelpunkt; an ihre Stellung schließen sich die erkennenden Gerichte an, die formell von ihnen abhängen (§§ 261, 264); nur das Reichsmilitärgericht macht hier eine Ausnahme".

Bei Besprechung dieser Frage kommt es darauf an, was man sich unter der Bezeichnung „Organ" denkt. Mindestens kann der Ausdruck irreführen im Punkt der materiellen Ab-

hängigkeit, Unselbständigkeit, die zweifellos bei den erkennenden Gerichten zu verneinen ist (§ 18 Abs. 1 MStGO.).

Unzutreffend ist sie ferner, wenn der Ausdruck etwa sagen soll, daß die erkennenden Gerichte formell namens des Gerichtsherrn die Gerichtsbarkeit durch ihre Erkenntnis ausüben, daß sie dieselbe von ihm ableiten. Denn sie üben dieselbe aus namens des Staatsoberhauptes, alleräußerstenfalls (s. oben § 1) namens des Kontingentsherrn bezw. obersten Kriegsherrn, nie aber namens des Regimentskommandeurs usw., kurz, des Gerichtsherrn.[1]) Ganz deutlich zeigt dies doch der § 12 MStGO., der die erkennenden Gerichte und die Gerichtsherren in bezug auf die Ausübung der Militärstrafgerichtsbarkeit koordiniert, nicht erstere sub-, letztere superordiniert: „Die Militärgerichtsbarkeit wird durch die Gerichtsherren und durch die erkennenden Gerichte ausgeübt".

Sollte sodann mit dem Ausdruck eine formelle Abhängigkeit in dem Punkte bezeichnet werden (abgesehen von den oben erwähnten Fällen), daß sie auf Berufung des Gerichtsherrn allein ihre Tätigkeit beginnen, was Rissom neben der Bestätigung des Urteils für die Organstellung anführt,[2]) — was weiter Mittermaier a. a. O. S. 581 betont, indem er von „formeller Abhängigkeit" spricht, übrigens ohne die Gerichte als „Organe" des Gerichtsherrn zu bezeichnen, — so ist einzuwenden, daß der Gerufene nicht als solcher „Organ" des Berufenden ist.

Sollte endlich mit dem Ausdruck gesagt sein, daß die erkennenden Gerichte formell überhaupt keine eigentliche „Gerichtsbarkeit" ausüben, daß sie nur die Stelle der Rechtsbegutachtung für den Gerichtsherrn (oder ähnlich)[3]) haben, so steht dieser Anschauung ebenfalls der § 12 MStGO. entgegen; daß ihre vermutliche Hauptstütze, die Bestätigung, keine solche ist, wird unten noch auszuführen sein.

So ist auch unter diesen formellen Gesichtspunkten eine „Organ"stellung der erkennenden Gerichte zu verneinen, die zugestandenermaßen (s. oben) für das Reichsmilitärgericht überhaupt unmöglich ist[4]) und dem einfachen Wortsinn des § 12 MStGO. widerspricht.

---

[1]) vgl. auch Schlayer in Deutsche Strafrechtsztg. 1914 S. 195: „Sie sprechen ... dem Staate (Reiche) Recht, genau wie die bürgerlichen Strafgerichte".

[2]) a. a. O. Bd. 58 S. 56: „Auch die erkennenden Gerichte können ... als Organe des Gerichtsherrn bezeichnet werden, und zwar mit Rücksicht auf die Bestellung durch ihn und auf die Bestätigung des Urteils". „Die erkennenden Gerichte besitzen keine Selbständigkeit im Sinne einer dauernden Organisation. Nur für den einzelnen Fall werden die ... Richter vom Gerichtsherrn zusammenberufen."

[3]) s. über die Ansicht noch genauer unten S. 14 ff. d. Arbeit.

[4]) vgl. noch Mittermaier a. a. O. S. 587: „Das Reichsmilitärgericht,

Es ist gegenüber § 12 MStGO. ein falscher unifizierender Zug zur Zentralisation und eine Vereinheitlichung des Grundgedankens zugleich, wenn man für die lex lata das Gegenteil (Organschaft der Gerichte) betont, wie Dietz u. Rissom a. a. O., denn die lex lata ist nicht monistisch, sondern, wie § 12 MStGO. zeigt, dualistisch aufgebaut in bezug auf die Träger der Ausübung der Militärstrafgerichtsbarkeit.

Beides, die Zurückweisung der „Organ"stellung der erkennenden Gerichte und die Betonung des Dualismus, findet sich sehr klar bei Schlayer, Deutsche Strafrechtszeitung 1914 S. 196: „Die erkennenden Gerichte sind nicht ... Gehilfen (Organe) des Gerichtsherrn. Sie sind vielmehr ... gleichberechtigte, selbständige Teilhaber der Gerichtsgewalt". Diesen Dualismus betont auch Ph. O. Mayer in anderem Zusammenhang in seiner „Kommandogewalt und Gerichtsherr" in den Erörterungen aus der militärstrafrechtlichen Theorie und Praxis S. 3: „Für unser Gesetz nimmt § 12 die grundlegende Scheidung dieser Aufgaben (der Strafverfolgung und der Feststellung des Strafanspruchs durch Urteil) vor, indem er sagt: „Die Militärstrafgerichtsbarkeit wird durch die Gerichtsherrn und die erkennenden Gerichte ausgeübt". Unser Gesetz erkennt also nur diese beiden Organe als Träger der Gerichtsbarkeit an". Ausdrücklich auch Rehm in ZStW. Bd. 19 S. 426: „Die Militärstrafgerichtsordnung des Reichs hat geteilt. Die Gerichtsbarkeit außerhalb der Hauptverhandlung ist eine von höherer Gerichtsherrlichkeit abhängige, die Gerichtsbarkeit in der Hauptverhandlung, also die Gerichtsbarkeit der erkennenden Gerichte, ist ihr nicht unterworfen ... Wie das Gesetz selbst sagt: Die erkennenden Gerichte sind unabhängig (§ 18). Und zwar ist diese Unabhängigkeit so weit entwickelt, daß der einleitende Paragraph des Abschnitts mit dem Titel: Ausübung der Militärstrafgerichtsbarkeit, § 12, die Fassung erhalten konnte: Die Militärstrafgerichtsbarkeit wird durch den Gerichtsherrn und durch die erkennenden Gerichte ausgeübt". Die erkennenden Gerichte sind hiermit dem Gerichtsherrn gleichgestellt. Sie sind kraft des Prinzips der Unabhängigkeit nicht nur Gehilfen, sondern selbständige Teilhaber der Militärstrafgerichtsbarkeit. Die Militärstrafgerichtsbarkeit ist zwischen Gerichtsherrn und erkennenden Gerichten geteilt".

Der soeben klargestellte Dualismus — unabhängige erkennende Gerichte einerseits und Gerichtsherr mit abhängigen Organen andrerseits — ist allerdings in dieser Schärfe mitunter verwischt.

Nämlich einmal dadurch — und dies hat, wie erwähnt,

---

das ... von keinem Gerichtsherrn abhängt". Rehm a. a. O. S. 426: „Dem Reichsmilitärgericht steht kein Gerichtsherr gegenüber".

offenbar ganz besonders dazu geführt, den Gerichtsherrn als Herrn des ganzen Verfahrens und das erkennende Gericht als seine „Organe“ zu bezeichnen —, daß die MStGO. dem Urteile des erkennenden Gerichts gegenüber eine Bestätigung als notwendig vorsieht und als bestätigender mil. Befehlshaber nicht allein, aber doch mit der betreffende Gerichtsherr in Betracht kommt. Diese Bestätigung hat aber einen sehr verschiedenen Charakter: Bei Urteilen im ordentlichen Verfahren (§ 416 MStGO.) liegt die Sache ganz anders als bei solchen der Feld- oder Bordgerichte (§§ 419 ff. MStGO.).

Im ersten Fall hat die Bestätigung nur deklarativen, die Rechtskraft[1]) konstatierende Bedeutung.

Man hat hierin den alten Gegensatz zwischen Urteilsfinder und Urteil ausgebendem Richter sehen wollen (so Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 4 S. 116 f.) oder den Gegensatz zwischen der begutachtenden Juristenfakultät, die das responsum, consilium findet, und dem Richter, der das, was sie gefunden, als Urteil verkündet und dadurch erst zur autoritativen Entscheidung macht. Es ist die Anschauung, die Schlayer, Deutsche Strafrechtszeitung 1914 S. 195, kurz und treffend dahin charakterisiert: „Die erkennenden Gerichte sprechen ihm (dem Gerichtsherrn) als seine Organe Recht, ihre Urteile hätten nur die Bedeutung von Gutachten in prozessualer Form, erst durch die Bestätigungsorder erlangten sie — auch im ordentlichen Verfahren! — staatsrechtliche Existenz und Wirksamkeit nach außen, die Bestätigungsorder sei das eigentliche Urteil“. Sie findet sich z. B. bei Dietz a. a. O. S. 235, der Gerichtsherr bestätige das gefundene Urteil, „das damit erst staatsrechtlich bedeutsame Willensentscheidung wird“. S. 243: „Soweit er (der Gerichtsherr) nicht, wie bei der Strafverfügung, das Urteil selber spricht, macht er den Spruch des von ihm berufenen Gerichts (ein Gutachten, im Friedensverhältnis allerdings von bindender Kraft) durch seine Bestätigungsorder zum eigentlichen Urteile“, bei Rissom in GoltdArch. Bd. 56 S. 172 („Rechtsfindung als eine Art Ratserholung“) und Bd. 58 S. 57, 60 (s. unten). Übrigens würde auch bei solcher „begutachtenden“ Rolle das erkennende Gericht dadurch noch so wenig zum „Organ“ (s. oben) des Gerichtsherrn, als die respondierende Juristenfakultät oder eine Rechtsauskunftsstelle als solche „Organe“ des Nachsuchenden sind, zumal wenn, wie hier zumeist (s. unten), das Gutachten bindende Kraft hat.

Denn die Entscheidung des erkennenden Gerichts ist formell Urteil (§§ 314 ff. MStGO.), als solches „verkündigt“ (§ 327 MStGO.), sie ist, wie das Gesetz deutlich sagt, „rechtskräftig“ geworden vor der

[1]) vgl. §§ 383, 405 MStGO.

Bestätigung[1]) (s. §§ 383, 405, 416 Abs. 2 und bes. 458 Abs. 1 MStGO.), für den Bestätigenden schlechtweg bindend.

Es ist daher nicht recht zu verstehen, wenn Rissom a. a. O. Bd. 58 S. 57 u. 60 behauptet, die militärgerichtlichen Erkenntnisse (auch die in Frage stehenden des Bordverfahrens) enthalten „keine Willensentscheidung“, seien zunächst „nur deklaratorisch“, „Wahrsprüche“, nicht „mit Autorität erfüllt“: Dann könnten sie auch nicht rechtskräftig werden,[2]) denn die Rechtskraft ruht ja eben nicht auf dem deklarativ-kognitiven Charakter, wie ihn auch das Rechtsgutachten besitzt, der Richtigkeit des „ita ius est“, sondern dem volitiven, dem autoritativ-volitiven „ita ius esto“.

Die von den oben Genannten angeführten Parallelen von Rechtsgutachten und dergleichen sind daher hier verfehlt.[3]) Parallele ist vielmehr das Rechtskraftzeugnis (§ 706 ZPO.) bezw. die Vollstreckungsklausel (§§ 724 f. ZPO.) im Zivilprozeß, die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit im bürgerlichen Strafprozeß (§ 483 StPO.).[4]) Der bestätigende Befehlshaber nimmt also in solcher Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsbescheinigung nur Akte vor, die auf dem Gebiet des Zivilprozesses dem Gerichtsschreiber überlassen sind. Die Bedeutung der Bestätigungsorder, solchermaßen aufgefaßt,[5]) läßt ohne weiteres erkennen, daß es verfehlt ist, wenn man sie dazu benutzen will, um zu beweisen, daß die Militärstrafgerichtsordnung dem Gerichtsherrn auch die Herrschaft über das erkennende Gericht eingeräumt habe. Dies noch mehr, wenn man

---

[1]) s. in der genannten Richtung auch Schlayer, Deutsche Strafrechtszeitung 1914 S. 196: „Die Urteile der Militärgerichte erlangen im ordentlichen Verfahren Rechtskraft in des Wortes vollster Bedeutung unter denselben Voraussetzungen wie die Urteile der bürgerlichen Gerichte, d. h. wenn sie durch Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar sind“.

[2]) vgl. dagegen auch Schlayer a. a. O.: „Die prozessuale Rechtskraft schließt auch die staatsrechtliche Wirksamkeit, den Urteilsbefehl in sich“; s. dort S. 196 f. die praktischen Konsequenzen.

[3]) vgl. auch Schlayer, Deutsche Strafrechtszeitung 1914 S. 196: „Sie (die Gerichte) sprechen also nicht dem Gerichtsherrn, sondern dem Staate (Reiche) Recht, genau wie die bürgerlichen Strafgerichte“.

[4]) vgl. dazu auch Begr. zu § 400 des Entw.: „Diese Bestätigungsorder enthält einerseits die von der zuständigen Stelle erteilte Bescheinigung, daß die Rechtskraft des Urteils eingetreten ist, sie enthält andrerseits die Weisung zur Vollstreckung desselben“.

[5]) vgl. so auch Schlayer a. a. O. S. 197: „Das Urteil als solches läßt die Bestätigungsorder völlig unberührt“. Sie stellen, abgesehen von ihrem ideellen Wert, nur eine „Rechtskraftbescheinigung“ und eine Äußerung betreffs Ausübung des Milderungsrechts dar. Betreffend letzteren Punkt vgl. die Mot. zu § 400 des Entw.: „Diese Bestätigungsorder stellt sich dar . . ., sie enthält andrerseits die Weisung zur Vollstreckung desselben (des Urteils). In letzterer Beziehung stellt sie sich dar als eine mit der Ausübung des Begnadigungsrechts zusammenhängende Genehmigung zur Strafvollstreckung“. Mittermaier a. a. O. S. 621; Rissom in GoltdArch. Bd. 58 S. 59. Das oben Gesagte wird dadurch nicht berührt.

bedenkt, daß absolut nicht notwendigerweise die Erteilung der Bestätigung mit der Person des betreffenden Gerichtsherrn verbunden sein muß, vielmehr auch andern Befehlshabern zustehen, bezw. der höchsten Kommandostelle vorbehalten bleiben kann. Nach § 418 MStGO. bestimmt der Kaiser bezw. der Kontingentsherr, von wem die Bestätigungsorder erteilt wird; nach den ergangenen Bestimmungen (vgl. betreffend die wichtigsten derselben z. B. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 584 ff.; Schlayer, Handb. S. 389 ff.; Sturm u. Walde a. a. O. Bd. 2 S. 38 ff.) erteilt zwar häufig, aber keineswegs stets der betreffende Gerichtsherr die Bestätigung. Dies Gegenargument muß auch Rissom a. a. O. Bd. 58 S. 57 gelten lassen.

Wenden wir uns — im zweiten Fall — dem Feld- und Bordverfahren zu, so finden wir hier allerdings für die Bestätigung eine andere und stärkere Wirkung: Hier werden die Urteile erst durch die Bestätigung rechtskräftig und vollstreckbar, da die Bestätigung hier, wo ordentliche Rechtsmittel nicht vorhanden (§ 419 MStGO.), die Anerkennung der Gesetzlichkeit (die von Amts wegen zu prüfen ist) enthält. Neben dem Bestätigungsrecht besteht hier ein Aufhebungsrecht. Dietz meint hier a. a. O. speziell S. 254: „Die Entscheidungen der Gerichte sind reine Gutachten ohne Bindung des zur Bestätigung berufenen Befehlshabers", und Rissom a. a. O. Bd. 58 S. 59 bezeichnet sie als nur „von deklaratorischer Bedeutung", als Wahrsprüche, die erst durch die Bestätigung „die Eigenschaft einer verbindenden Willenserklärung' gewinnen. Dies ist aber auch hier unzutreffend. Sie sind vielmehr hier aufzufassen entsprechend einem Urteil, das noch anfechtbar ist, als solches natürlich nicht einfach bindet und der Rechtskraft und (von vorläufiger Vollstreckbarkeit abgesehen) der Vollstreckbarkeit entbehrt, aber doch „Urteil" ist; autoritative Entscheidungen sind auch sie (§§ 419 ff. MStGO.), auch sie sprechen ein autoritatives „ita ius esto" aus, sind nicht bloße deklaratorische Meinungsäußerungen, was sich allein schon darin zeigt, daß sie „aufgehoben" werden müssen wie ein Urteil in der Rechtsmittelinstanz.[1])

Der Bestätigende muß sodann auch hier nicht der betreffende Gerichtsherr sein, vielmehr bestimmt nach § 422 MStGO. der Kaiser, wem das Bestätigungsrecht und Aufhebungsrecht zusteht (beide Rechte müssen nicht in derselben Person vereinigt sein). Nach den ergangenen Bestimmungen — s. betreffend die Bestimmungen über das Bordverfahren Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 588 f., betreffend die Strafrechtspflege bei

[1]) vgl. dagegen sogar bezüglich des Wahrspruchs der Geschworenen, der doch mehr ist, als ein bloßes Rechtsgutachten, z. B. § 317 StPO. (Verweisung zu neuer Verhandlung ohne vorherige „Aufhebung").

dem Heere in Kriegszeiten „Die Kaiserlichen Verordnungen v. 28. 12. 1899 über die Strafrechtspflege bei dem Heere in Kriegszeiten“, erläutert von G. Rotermund, 1916 — ist das Bestätigungsrecht z. T. dem höchsten Kriegsherrn, z. T. den Kontingentsherren vorbehalten (§ 10 der letztgenannten Verordnung), zum Teil (§ 11 daselbst) den Befehlshabern gewisser selbständiger Verbände gegeben, die auch Gerichtsherren sein können, ohne daß aber dies erforderlich ist. Denn § 11 der Verordnung Nr. 1 betont, daß — nach Nennung der einzelnen Befehlshaber — „im einzelnen Falle demjenigen dieser Befehlshaber, der entweder selbst die Anklage verfügt hat, oder der nächsthöhere mit der Bestätigungsbefugnis versehene Vorgesetzte des betreffenden Gerichtsherrn ist“, das Bestätigungsrecht zustehe.[1]) Erst „im übrigen“ ist dann im § 11 Nr. 2 den Gerichtsherren als solchen das Bestätigungsrecht verliehen.

Ferner muß nicht zwingenderweise das Aufhebungsrecht derselben Person zustehen, der auch das Bestätigungsrecht gegeben ist. Vielmehr ist durch § 13 genannter Kaiserl. VO. das Aufhebungsrecht getrennt von dem Bestätigungsrecht und dabei im Verhältnis zur Zahl der Bestätigungsberechtigten nur an wenige Personen verliehen, entsprechend den in der Begr. zu § 412 des Entw. ausgesprochenen Erwartungen. So enthält die Notwendigkeit der Bestätigung im letztgenannten Fall des besonderen Verfahrens zwar eine Abschwächung des genannten Dualismus zugunsten des Gerichtsherrn (soweit dieser überhaupt in Frage kommt), drückt aber selbst hier nicht das erkennende Gericht zu einer bloßen Rechtsauskunfts- oder Begutachtungsstelle herab.

Auf der anderen Seite ist der oben besprochene Dualismus zuungunsten des Gerichtsherrn dadurch modifiziert, daß der Gerichtsherr die im Verfahren erforderlichen Handlungen vielfach nicht selbst bezw. nicht allein vornimmt, sondern statt seiner bezw. neben ihm die oben Genannten, der richterliche Militärjustizbeamte bezw. Gerichtsoffizier auftreten, zum Teil auftreten müssen (so liegt ein Müssen z. B. vor im § 97 Abs. 2 MStGO. bei der Mitzeichnung, § 156 Abs. 1 MStGO. Beauftragung mit dem Ermittelungsverfahren) und soweit diesen trotz prinzipieller Unterordnung (§ 97 Abs. 2 mit § 102 MStGO.) eine gewisse Selbständigkeit eingeräumt ist. Hiernach bezeichnet Mittermaier a. a. O. S. 585 ihre Stellung als „halb abhängig, halb selbständig“, und Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 272 f. (zu § 12 MStGO.) bemerkt geradezu: „Eine gewisse selbständige Ausübung der

---

[1]) Nach Rotermund a. a. O. S. 17 kommt hier die niedere Gerichtsbarkeit nicht in Frage, weil „bis hierher nur von Strafen die Rede ist, auf die ein Standgericht nicht erkennen kann“.

Militärstrafgerichtsbarkeit steht immerhin auch den Militärjustizbeamten (Reichsgerichtsräten) und Gerichtsoffizieren in ihrer Eigenschaft als Untersuchungsführer zu ... Man kann hier nicht von einer auf den Untersuchungsführer übertragenen Tätigkeit des Gerichtsherrn, von einer Tätigkeit als Organ des Gerichtsherrn sprechen, da dieser selbst Untersuchungshandlungen überhaupt nicht vornehmen,[1]) nicht einmal an ihnen teilnehmen kann (§ 167 Satz 2 MStGO.)". Er leugnet also insoweit überhaupt die Stellung der Genannten als „Organe" des Gerichtsherrn, was wohl zu weit geht. Denn — was seine Begründung anbelangt — auch der, welcher obligatorisch beizuziehen ist und dabei zu einer Funktion, die dem Beiziehenden selbst versagt ist, kann noch als „Organ" desselben bezeichnet werden, so gut als der Anwalt bei Anwaltszwang (wo dasselbe gilt) als „Vertreter" der Partei; in beiden Fällen, weil eben doch die Beiziehung (nach Militärstrafgerichtsordnung „Beauftragung") seitens des anderen erfolgt. So werden denn sonst die Genannten als „Organe" des Gerichtsherrn generell und auch in den bei Elsner v. Gronow u. Sohl genannten Fällen bezeichnet, vgl. z. B. Koppmann a. a. O. S. 262 f. („Untersuchungsführer als „Organ des Gerichtsherrn").

Die erwähnte Selbständigkeit äußert sich in folgenden Punkten:

1. Bei den richterlichen Militärjustizbeamten finden wir nach §§ 94 Abs. 2, 95, 96 MStGO. gewisse Garantien der Unabhängigkeit bezüglich ihrer persönlichen Rechtsstellung (ähnlich den Zivilrichtern, wie sie sich aus §§ 6—9 GVG., das nach § 94 Abs. 2 MStGO. auf sie Anwendung findet, ergibt. Also hauptsächlich Ernennung auf Lebenszeit, festes Gehalt, Einschränkungen betreffs Zulässigkeit von Versetzung, Amtsenthebung und Versetzung in den Ruhestand).

2. Bei beiden Klassen besteht die Möglichkeit auch gegen die Ansicht des Gerichtsherrn die ihrige wirkungsvoll geltend zu machen: Der Gerichtsherr ist bei allen im Laufe des Verfahrens ergehenden Entscheidungen und Verfügungen (abgesehen von §§ 174 Abs. 1, 175 Abs. 1 MStGO.) an die Mitunterzeichnung der richterlichen Militärjustizbeamten bezw. Gerichtsoffizieren gebunden gemäß § 97 Abs. 2 MStGO. Diese Vorschrift erstreckt sich extensiv auf „die im Laufe des Verfahrens ergehenden Entscheidungen und Verfügungen" des Gerichtsherrn. Nach der herrschenden Meinung, die sich auf die Begründung zu § 334 des Entw. stützt, sind darunter die im Laufe des regelmäßigen Verfahrens ergehenden Entscheidungen und Verfügungen zu verstehen,[2]) so daß

---

[1]) Was übrigens bestritten ist, s. unten S. 46 f. der Arbeit.

[2]) So bedürfen der Mitunterzeichnung auch Entscheidungen über Ansprüche gegen Dritte: über Kostenansprüche §§ 470 f. MStGO., vgl. Elsner v. Gronow

damit die nicht im regelmäßigen Verfahren erfolgenden Verfügungen nur vom Gerichtsherrn allein zu unterzeichnen sind. Wo daher entgegen diesem Grundsatz der Gesetzgeber auch bei nicht im regelmäßigen Verfahren ergehenden Entscheidungen und Verfügungen des Gerichtsherrn die Mitzeichnung des Gerichtsoffiziers haben wollte, mußte dies im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben werden. So z. B. im § 349 MStGO. (Strafverfügung), § 360 MStGO. (Vermögensbeschlagnahme des abwesenden Beschuldigten).

Eine andere Ansicht vertritt — gestützt auf die im GerS. Bd. 69 S. 305 ff. dargelegten Gründe Gerlands — Romen und Rissom a. a. O. S. 156, indem sie eine Mitunterzeichnung auch ohne Rücksicht auf Ordentlichkeit oder Außerordentlichkeit des Verfahrens verlangen, dagegen aber dieselbe ausschließen, wo es sich um einen reinen Akt der Kommandogewalt oder um einen allgemeinen Rechtspflegeakt handele.

Abgesehen davon, daß es schwierig ist, die Grenze zwischen einem „allgemeinen" und einem Rechtspflegeakt „im Einzelfalle" zu ziehen, wäre es nach der Romen und Rissomschen Ansicht nicht erklärlich, weshalb der § 349 Abs. 1 MStGO. die Notwendigkeit der Mitunterzeichnung eigens hervorhebt. Nach der Begründung soll ja eben — was in Begr. zu § 334 des Entw. noch einmal besonders hervorgehoben wird — unter im Laufe des Verfahrens im Laufe des „regelmäßigen" Verfahrens verstanden werden, wodurch ohne weiteres die besondere Hervorhebung der Mitunterzeichnungspflicht im § 349 MStGO. in ganz natürlicher Weise erklärt wird. Nach Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 314 bedeutet „im Laufe des Verfahrens": „Solange in der anhängigen bezw. anhängig gewesenen Sache noch etwas zu entscheiden oder zu verfügen ist", also auch, wenn eine Entscheidung über irgendeinen Anspruch (z. B. eines Sachverständigen) noch notwendig wird, nachdem die Sache bereits abgeschlossen und weggelegt ist.

Die Sache beginnt erst zu „laufen", nachdem der Gerichtsherr die Verfügung erlassen hat, mit der er das Ermittelungsverfahren anordnet. Zu ihr braucht er also nicht die Mitzeichnung des Gerichtsoffiziers. So Prüfungsergebnisse I, 10: „Zu den im § 97 Abs. 2 MStGO. gedachten Entscheidungen und Verfügungen des Gerichtsherrn, welche der Mitzeichnung eines richterlichen Militärjustizbeamten bedürfen, gehört nicht die dem Gerichtsherrn nach § 156 Abs. 1 MStGO. obliegende Anordnung des Er-

---

u. Sohl a. a. O. S. 613, weiter die über die eingelegte Berufung § 385 MStGO., vgl. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 558; s. auch unten S. 71.

mittelungsverfahrens". Entsprechend der eben dargelegten Ansicht müßte auch für die nach § 24 MStGO. von dem übergeordneten Gerichtsherrn ergehende Verfügung, in der er einen ihm untergeordneten Gerichtsherrn zur Einleitung eines Ermittelungsverfahrens anweist, die Mitzeichnung des betreffenden Militärjustizbeamten ausgeschlossen werden (vgl. ERMG. Bd. 5 S. 166). Denn durch diese Anweisung setzt er ja das Verfahren erst in Gang.

Im Gegensatz hierzu will Hafis im Recht Jahrg. 1903 S. 517 ff. die Mitzeichnung überhaupt für alle Entscheidungen und Verfügungen verlangen, da

1. das Gesetz im § 97 Abs. 2 ausdrücklich die Mitzeichnung verlangt, „soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt" (also nur im Fall der §§ 174 u. 175 MStGO.),

2. die Anordnungsverfügung des Ermittelungsverfahrens bezw. die Anweisungsverfügung des übergeordneten Gerichtsherrn schon zu den im Laufe des Verfahrens ergehenden Verfügungen gehöre, indem er der Ansicht ist, daß der Lauf des Verfahrens schon mit der vorliegenden Anzeige bezw. mit dem Verdachtsbewußtsein beginnt, also schon vor den soeben erwähnten Verfügungen.[1]

Beides Gründe, deren Stichhaltigkeit man nicht in Abrede stellen kann.[2] Somit ist auch — entgegen dem Reichsmilitärgericht — eine Mitunterzeichnung der erwähnten zwei Verfügungen notwendig; eine Alleinunterzeichnung erfolgt also nur im Falle der §§ 174 u. 175 MStGO. und soweit die Verfügung usw. nicht im Laufe des regelmäßigen Verfahrens erfolgt.

Untersuchen wir den Zweck dieser Mitzeichnungspflicht, so ersehen wir aus Abs. 2 des § 97 MStGO., daß durch sie der Militärjustizbeamte bezw. nach § 102 MStGO. der Gerichtsoffizier die Mitverantwortlichkeit für die Gesetzlichkeit der ergangenen Verfügung usw. übernimmt: eine Beschränkung der grundsätzlichen Stellung des Gerichtsherrn. Im Gegensatz zur Gegenzeichnung des verantwortlichen Ministers im konstitutionellen Staat geht hier nicht die Verantwortlichkeit auf die Person des Gegenzeichnenden allein über, sondern nur auf den Mitzeichnenden mit über. Statt Alleinübernahme nur Mitübernahme der Ver-

---

[1]) „Wenn der Gerichtsherr bei Eingang der Anzeigen usw. nach den Vorschriften des § 156 verfährt, so ist die betreffende Verfügung doch in einem für diese Fälle durch Gesetz geregelten Verfahren ergangen, das letztere mithin zur Zeit des Ermittelungsverfahrens bezw. der Verfügung der Ablehnung strafrechtlichen Einschreitens schon im Laufe" (S. 519 a. a. O.).

[2]) vgl. besonders auch das von Hafis für die Rechtsbeschwerde im Fall des Ablehnens des strafrechtlichen Einschreitens Gesagte a. a. O. S. 519 Spalte 2.

antwortung: Belastung auf der einen, ohne daß Entlastung auf der andern Seite eintritt! So nennt sie auch Dietz a. a. O. S. 239 „eine aus zwingenden Gründen einer gesunden Rechtspflege erforderliche Beschränkung, aber auch Festigung der dem Gerichtsherrn zukommenden Gerichtsgewalt". Die Militärjustizbeamten und nach § 102 MStGO. auch die Gerichtsoffiziere haben, nach § 97 Abs. 1 MStGO. an und für sich verpflichtet, den Weisungen der Gerichtsherren Folge zu leisten, nach dem Abs. 3 des § 97 MStGO. das Recht, Vorstellungen zu erheben, wenn sie eine Weisung, Verfügung oder Entscheidung des Gerichtsherrn mit den Gesetzen oder sonst maßgebenden Vorschriften nicht vereinbar finden. Bleiben die Vorstellungen erfolglos, so hat — und hierin liegt hauptsächlich die Beschränkung des Gerichtsherrn — der Gerichtsherr allein die Verantwortung zu übernehmen, der Militärjustizbeamte bezw. Gerichtsoffizier ist dann verpflichtet, der Weisung des Gerichtsherrn zu entsprechen, hat aber dabei den Vorgang (seiner Weigerung) aktenkundig zu machen. Einer Unterzeichnung bedarf es hier nicht.[1]) Denn durch sie übernimmt er ja gerade nach dem Wortlaut und Sinn des § 97 MStGO. die Verantwortung; der Ansicht Beckers in ZStW. Bd. 25 S. 548, daß der Militärjustizbeamte oder Gerichtsoffizier als Beamter schon von vornherein die volle Verantwortlichkeit habe für alle seine amtlichen Handlungen, und deshalb die Verantwortung nicht eigens noch durch Unterschrift übernehmen könne, ist entgegenzuhalten, daß die Beamten als Untergebene, sofern sie nicht eine besondere unabhängige Stellung haben, den Weisungen ihrer Vorgesetzten Folge zu leisten verpflichtet sind, somit ihre Handlungen in der Regel schon durch ihre Gehorsamspflicht gedeckt sind und es eines besonderen auch äußerlich hervortretenden Aktes (der Unterschrift) bedarf, durch den sie noch besonders die Verantwortung übernehmen. Dafür spricht ja auch der Sinn und Wortlaut des Abs. 2 § 97 MStGO.: „Letzterer übernimmt dadurch (durch die Unterzeichnung) die Mitverantwortlichkeit für die Gesetzlichkeit". Diese Vorschrift gilt auch für standgerichtliche Sachen, da nach § 102 MStGO. die Bestimmungen des § 97 MStGO. auf die Gerichtsoffiziere entsprechende Anwendung finden sollen.[2]) Nachdem der

---

[1]) And. A. ohne nähere Begründung Stenglein, Komm. S. 64: „Unterzeichnen muß er jedoch auf Weisung des Gerichtsherrn"; s. dagegen Koppmann a. a. O. S. 183.

[2]) vgl. auch Begr. zu § 94 des Entw.: „Dem Gerichtsherrn gegenüber war die Stellung des Gerichtsoffiziers entsprechend der der richterlichen Militärjustizbeamten zu regeln". Damit wurde aber vom Gesetz eine Lage geschaffen, in der neben einem Nichtjuristen (dem Gerichtsherrn) ebenfalls ein Nichtjurist (denn ein solcher wird der Gerichtsoffizier in der Regel sein) die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit übernimmt! Eine Lage, die noch später bei der Kritik der Stellung des Gerichtsoffiziers eingehender Besprechung bedarf.

Vorgang der Meinungsverschiedenheit zwischen Gerichtsherrn und Gerichtsoffizier aktenkundig gemacht und der Gerichtsherr die Alleinverantwortung übernommen hat, müssen die Akten von ihm unverzüglich dem Oberkriegsgericht zur rechtlichen Beurteilung der Sache vorgelegt werden.

Auch bei standgerichtlichen Sachen gehen die Akten nicht etwa an das Kriegsgericht, sondern gemäß § 97 Abs. 3 mit § 102 MStGO. sofort an das Oberkriegsgericht. Dieses gibt dann eine Art Obergutachten ab.

Bestritten ist, ob die Einreichung der Akten einen Suspensiveffekt für die von dem Gerichtsherrn allein unterzeichnete Weisung, Verfügung oder Entscheidung auslöst oder nicht. In letzterem Sinn Koppmann a. a. O. S. 182 und Stenglein a. a. O. S. 64. Beide kommen aber dabei in Schwierigkeiten mit dem letzten Satz des § 97 MStGO., der besagt, daß für die „weitere Behandlung“ die Beurteilung des Oberkriegsgerichts maßgebend ist. Aus diesem Grunde kann hier dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden. Vielmehr wird man — wie auch Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 315 geltend macht — gerade aus der Wendung „ist für die weitere Behandlung der Sache maßgebend“ in Verbindung mit dem „unverzüglich“ des vorhergehenden Satzes einen Suspensiveffekt annehmen müssen, ganz besonders noch, wenn man erwägt, daß nach der gegenteiligen Ansicht in der Zwischenzeit vieles unwiederbringlich verdorben werden kann. Wohl kann hierbei ja der Gerichtsherr den Erlaß der Verfügung usw. bis zum Gerichtsbeschluß aussetzen (vgl. Romen und Rissom, Komm. S. 160 Anm. 17). Aber der Gerichtsherr wird als Laie nicht nimmer in der Lage sein, alle Folgen seiner Verfügung usw. vorauszusehen, und daher oft eine solche erlassen, wo (bei Ausschluß des Suspensiveffektes) eine Aussetzung im Interesse der Rechtspflege dringend notwendig gewesen wäre.

Aber nicht nur in den im § 97 MStGO. erwähnten Fällen des regelmäßigen Verfahrens ist der Gerichtsherr an die Mitzeichnung des Militärjustizbeamten bezw. Gerichtsoffiziers gebunden, auch außerhalb desselben im § 349 MStGO., wo dies (konsequenterweise) ausdrücklich im Gesetzestext verlangt wird. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit treten also im allgemeinen auch bei dem Erlaß einer Strafverfügung die Folgen des § 97 MStGO. ein. Hier ist aber die Bindung des Gerichtsherrn noch stärker als in dem Falle des Abs. 3 § 97 MStGO. Hier kann ein Bedenken des Kriegsgerichtsrats oder Gerichtsoffiziers gegen die Festsetzung der Strafe innerhalb der Grenzen des Abs. 2 § 349 MStGO. den Erlaß der Strafverfügung selbst unmöglich machen: eine potenzierte Be-

schränkung des Gerichtsherrn, die ihren Grund darin hat, daß eine Strafverfügung nur ergehen soll, wenn von vornherein die Strafe in ihren Grenzen fest gegeben erscheint.

Nach Feststellung der Extensivität des Mitprüfungsgrundsatzes bedarf dessen Intensivität noch bestimmter Untersuchung.

Zunächst herrscht Übereinstimmung in Literatur und Praxis darüber, daß das Mitprüfungsrecht des richterlichen Militärjustizbeamten bezw. des Gerichtsoffiziers sich nie auf die Zweckmäßigkeitsfrage der Weisung, Verfügung oder Entscheidung des Gerichtsherrn erstreckt.

Vielfach wird aber behauptet, das Mitprüfungsrecht erstrecke sich nur auf die rechtliche Seite der Entscheidungen und Verfügungen. So Herz u. Ernst, Strafrecht der Militärpersonen S. 688: „Wie das Gesetz ausdrücklich betont, findet das Verfahren des § 97 Abs. 3 nur statt, wenn der zur Mitzeichnung Berechtigte die Weisung, Entscheidung oder Verfügung mit dem „Gesetz oder sonst maßgebenden Vorschriften“ nicht vereinbar findet. Meinungsverschiedenheiten über Tatfragen oder die Zweckmäßigkeit der Weisung usw. lösen das Verfahren des § 97 Abs. 3 nicht aus“.[1]) Dieser Auffassung stehen aber die Motive gegenüber, die ausführen, die richterlichen Militärjustizbeamten „sollen keineswegs blinde Werkzeuge in der Hand ihres Gerichtsherrn sein, sie sollen vielmehr dem Gerichtsherrn als rechtskundige Beamte zur Seite stehen mit ihrer Gesetzeskenntnis und ihrem juristischen Urteile und dafür Sorge tragen, daß nach Recht und Gesetz verfahren wird“. Im Anschluß daran führt Rissom im Handwörterbuch für Militärrecht „Mitprüfungspflicht“ S. 565 aus: „Diese Doppelausdrücke zeigen, daß die Tatseiten nicht ausgeschlossen werden sollten, womit auch der Reichstag mit seinen auf die Stärkung der Stellung der richterlichen Militärjustizbeamten gerichteten Bestrebungen sich kaum einverstanden erklärt haben dürfte. Auch die Bemerkung der Begründung des Entwurfs, daß die Gerichtsherren auch künftighin den Rechtskenntnissen ihrer juristischen Berater das gebührende Gewicht beilegen, wie umgekehrt die letzteren bei den das militärische Gebiet berührenden Fragen die sachverständige Kenntnis und Erfahrung des Gerichtsherrn bereitwillig anerkennen würden, können nicht im Sinne einer Trennung der Tat- und Rechtsseite, sondern im Gegenteil nur so verstanden werden, daß volle Mitprüfung stattfindet, bei welcher jeder Teil auf dem von ihm sachverständig beherrschten Gebiet die geistige Führung hat. Für Weisungen wird Ent-

---

[1]) Ebenso Herz im Recht 1904 S. 33; Schmölder im ArchStrafR. Bd. 50 Heft 5 u. 6.

sprechendes gelten müssen". Ebenso entschieden macht auch Dietz a. a. O. S. 239 gegen die einschränkende Auslegung der Mitprüfungspflicht Front: „Eine einschränkende Auslegung verträgt der Grundsatz der Mitprüfung nicht; es wurde behauptet, sie erstrecke sich nur auf die rechtliche Seite der Entscheidungen; demgegenüber ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte (vgl. Begründung und die Stellungnahme des Reichstags zu § 97), aus dem Zwecke der Vorschrift und aus dem Geiste des Gesetzes mit Sicherheit, daß der Beamte die volle Mitprüfungspflicht (nach dem Vorbilde der preuß. Militärstrafgerichtsordnung) hat, wie sich überhaupt eine Beschränkung auf Rechtsfragen im Gegensatz zu Tatfragen (beide sind im Prozesse miteinander verbunden) als undurchführbar erweist". Obwohl das Reichsmilitärgericht noch keine Stellung zu der Frage genommen hat, so scheint es doch, wie aus Plenarbeschluß RMilG. Bd. 8 S. 117—119 hervorgeht, nach dem „die Tat- und Rechtsfrage untrennbar miteinander verwebt und verwachsen sind" sowie aus Prüfungsergebnissen II, 59, IV, 77, daß es zu der letztvertretenen Ansicht hinüberneigt, einer Ansicht, für deren Richtigkeit ja auch alle praktischen Gründe sprechen. Wenigstens soweit es sich um das Mitprüfungsrecht des richterlichen Militärjustizbeamten handelt.

Bei dem Mitprüfungsrecht des Gerichtsoffiziers sprechen die praktischen Gründe allerdings mehr dafür, die Prüfung der Tatfrage dem Gerichtsherrn als dem älteren und erfahreneren der beiden Nichtjuristen zu überlassen, was übrigens auch bei einem Mitprüfungsrecht des Gerichtsoffiziers in praxi tatsächlich so gut wie immer der Fall sein wird.

3. Eine gewisse Selbständigkeit der richterlichen Militärjustizbeamten bezw. Gerichtsoffiziere ist weiter in dem Verbot für den Gerichtsherrn zu sehen, den Untersuchungshandlungen derselben beizuwohnen — eine Bestimmung im Interesse der Bewegungsfreiheit derselben.

4. Endlich besteht vielfach insofern eine gewisse Selbständigkeit, als in dringenden Fällen ohne vorherige Rücksprache mit dem Gerichtsherrn gehandelt werden kann (§§ 153 Abs. 3, 160 Abs. 4 verb. „in der Regel", 161, 169, 172 Abs. 3, 180, 209 Abs. 1, 238, 319 MStGO.).

5. Endlich werden unten bei den Nebenfunktionen des Gerichtsoffiziers uns noch einzelne Fälle begegnen, in denen dieser offenbar eine dem Gerichtsherrn gegenüber unabhängige Stellung einnimmt.

§ 3.

## c) Die Funktionen des Gerichtsherrn. Prozeßnatur des Militärstrafprozeßverfahrens.

Eng verknüpft mit der oben erörterten Frage der Stellung des Gerichtsherrn — ob und wieweit er Herr des Verfahrens, Träger der Gerichtsbarkeit ist —, ist die andere von ihr aber doch zu scheidende,[1]) welche sachlichen Funktionen in seiner Hand konzentriert sind und ob diese etwaige Konzentration es zuläßt, das Militärstrafverfahren noch als eigentlichen Prozeß zu bezeichnen. Dies wäre im folgenden zu besprechen.

I. Das Militärstrafprozeßverfahren hat mit dem Zivil- und dem zivilen Strafprozeß gemeinsam, daß es ein Prozeßverfahren ist.

Es handelt sich nun im „Prozeß" nach der üblichen Ansicht um Gewährung von Rechtsschutz mittelst autoritativer Entscheidung (Rechtsfeststellung), Vollstreckung (Rechtsverwirklichung), Rechtssicherung durch unparteiische staatliche Rechtsschutzorgane, besonders Gerichte, vor denen sich die Parteien gegenüberstehen, an die sich ein Rechtsschutzsuchender (bezw. dessen Vertreter), der Kläger usw. wendet, der Rechtsschutz begehrt gegenüber einem anderen, dem Beklagten usw.

Dies trifft ohne weiteres für den Zivilprozeß zu; für ihn wurden diese Ausdrücke zuerst gefunden, in ihm haben sie zuerst Herrschaft erlangt. (Vgl. etwa Hellwig, Lehrb. des deutschen Zivilprozesses Bd. 1 S. 2: „Zivilprozeß im objektiven Sinne oder Zivilprozeßrecht ist die Summe der Rechtsnormen, welche die staatliche Rechtspflege in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten regeln. Diese Rechtspflege besteht 1. in der Untersuchung und Feststellung dessen, was zwischen den Parteien Rechtens ist oder kraft Rechtens zu geschehen oder zu unterbleiben hat, und 2. in der Rechtsverwirklichung, d. h. in der zwangsweisen Herbeiführung derjenigen rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse, die dem geltend gemachten Recht entsprechen. Dieser definitiven Zwangsvollstreckung kann die provisorische Sicherung gefährdeter Rechte vorausgehen".)

Aber auch den Strafprozeß und letzten Endes den Militär-

---

[1]) Mit der Konzentration aller „Gerichtsbarkeit" im weitesten Sinne (s. oben S. 1 f.) in die Hand des Gerichtsherrn, der Organstellung aller sonst amtlich Tätigen wäre im Grunde auch diese Frage erledigt, es könnte sich dann nur um Funktionsverteilung unter seinen Organen handeln. Wird aber ein Dualismus, wie in § 2 d. Arbeit geschehen, im ersteren Punkt angenommen, so erhebt sie sich als selbständige dahingehend, wie die sachlichen Funktionen unter die beiden Träger der „Gerichtsbarkeit" (im weitesten Sinne) aufgeteilt sind. Siehe übrigens selbst Rissom in GoltdArch. Bd. 58 S. 66, wo zwischen „Verfassung" und „Verfahren" entsprechend geschieden wird.

strafprozeß kann man so auffassen. Vgl. Hegler, Zur Stellung der Gerichte im Strafverfahren S. 6[1]): „Wenn wir diese Begriffe (Rechtsschutzverfahren, Rechtsschutzgewährung mit ihren verschiedenen Mitteln, Rechtsschutzorgane, Rechtsschutzsuchender) bezüglich der Frage nach der Stellung der Gerichte und der Staatsanwaltschaft auf den Strafprozeß zu übertragen suchen, stoßen wir sofort auf Schwierigkeiten. Daß es auch hier im Kern um ein Rechtsschutzverfahren sich handelt, daß auch hier der Rechtsschutzzweck im Mittelpunkt steht, ist offenbar anzunehmen".

Man redet auch hier mit Recht von Parteien (bezw. Parteivertretern), von denen die eine die unparteiischen staatlichen Rechtsschutzorgane gegen die andere anruft. So auch Rosenfeld, Lehrb. 4. u. 5. Aufl. S. 32 Anm. 6: „Das Vorhandensein von Parteien im Strafprozeß läßt sich nur leugnen, wenn man die Strafprozedur überhaupt nicht als Prozeß, sondern als ein andersartiges Gebilde auffaßt, für das es an einem Oberbegriffe fehlt, und wenn man ferner die Existenz derjenigen subjektiven öffentlichen Rechte, welche dem Staat aus begangenen Verbrechen erwachsen, in Abrede stellt. Die historische Betrachtung zeigt, daß der Strafprozeß von jeher Prozeß und sogar die Wurzel alles Prozesses ist" usw.

Ebenso Beling in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 5 S. 151: „Obwohl das heutige Recht das Akkusationsprinzip grundsätzlich ablehnt (oben § 21), spielt sich doch der Prozeß durchweg in der Klage- (Akkusations-) Form ab und nicht in der Inquisitionsform — processus accusatorius, nicht inquisitorius —, d. h. das Gericht hat nicht gleichzeitig Klagefunktionen, sondern die Betreibung des Prozesses in der Richtung gegen den Beschuldigten ist Sache eines besonderen Klägers; speziell hat der Staat als Kläger ein besonderes Klageorgan: die Staatssanwaltschaft (oben § 19). Deshalb ist der heutige Strafprozeß, wenn dies auch mitunter bestritten wird, als Parteiprozeß zu konstruieren (vgl. oben § 8), wie denn auch die Strafprozeßordnung selbst von ‚Parteien' spricht".

Auch hier handelt es sich um Rechtsschutzgewährung, „Rechtsbewährung" durch Feststellung, Verwirklichung des Strafrechts. (Vgl. Hegler a. a. O. S. 6 [202]; Rosenfeld a. a. O. S. 29 Anm. 2, S. 32 Anm. 6; besonders der letztere in Anm. 2 S. 29: „Das Ziel des Prozesses ist der Akt der Rechtsschutzgewährung".)

In ersterem — dem Sichgegenüberstehen zweier Parteien, hier eines Verfolgers und eines Verfolgten, vor dem unparteiischen staatlichen Rechtsschutzorgan — liegt die eigentliche Prozeßnatur

---

[1]) Auch in Festschrift für Binding Bd. 2 1911 S. 199 ff.

des Strafprozesses, die typische Form als Rechtsschutzverfahren (s. Hegler a. a. O.; Rosenfeld a. a. O. S. 32 Anm. 6.

II. Es erhebt sich nun die Frage, ob auch das Militärstrafverfahren so aufgefaßt werden kann als eigentlicher Prozeß, als Rechtsschutzverfahren mit den genannten Zügen.

1. Auch hier stehen sich im Kern des ganzen Prozesses, der Hauptverhandlung, Parteien vor dem unparteiischen staatlichen Rechtsschutzorgaa gegenüber; ein Verfolger wendet sich an dieses mit dem Begehren um Rechtsschutz gegen einen Verfolgten. Der Gerichtsherr tritt als Vertreter des Staates, um dessen Strafanspruch es sich handelt, vor die Schranken des unparteiischen und unabhängigen (s. oben) erkennenden Gerichts gegen den Beschuldigten („Angeklagten"), den angeblichen Delinquenten auf, um seine Verurteilung — natürlich nur, wenn und insoweit sie gerechtfertigt ist — herbeizuführen. Daß hierbei nicht schlechtweg eine einseitige Stellungnahme contra reum stattfindet — vgl. § 159 „Entlastung" und § 367 MStGO. „zu Gunsten" —, steht der Auffassung als Partei, Rechtsschutzsuchender hier so wenig entgegen wie im bürgerlichen Strafprozeß (vgl. Hegler a. a. O. S. 74 [270] Anm. 5; Beling a. a. O. S. 151).

2. Aber schon im bürgerlichen Strafprozeß finden wir die Erscheinung, daß dem Vertreter des rechtsschutzsuchenden, verfolgenden Staats, dem Staatsanwalt — weil er eben öffentliches Organ ist —, außer der Verfolgung Akte übertragen sind, die sich sachlich als Rechtsschutzakte qualifizieren (vgl. Hegler a. a. O. S. 15 [211], 71 f. [267], 73 f. [269]).

So besonders in der Strafvollstreckung, dann betreffend den strafprozessualen Arrest. Der Staatsanwalt vertritt hier den Staat nicht als Partei, sondern als überragende Macht, handelt andererseits als Verwaltungsorgan, nicht als Rechtschutzorgan (Hegler a. a. O. S. 15 [211] besonders Anm. 1). Diese Doppelstellung ist noch weit stärker in der Militärstrafgerichtsordnung ausgeprägt. Noch weit mehr ist hier alle Tätigkeit in der Hand des Gerichtsherrn konzentriert, sind ihm auch sachlich Rechtsschutzakte darstellende Handlungen übertragen, wobei er den Staat als überragende Macht, hier in seiner Militärhoheit, vertritt.

3. Wir schildern diese Doppelstellung des Gerichtsherrn näher, zugleich einen Überblick gebend über die in seiner Hand konzentrierten Funktionen.

a) Der Gerichtsherr ist zunächst Verfolger. Hierbei nimmt er die Funktionen wahr, wie sie ähnlich im bürgerlichen Strafprozeß der Staatsanwalt als Verfolger bezw. Vertreter des Verfolgers wahrnimmt. Er ordnet das Ermittelungsverfahren an (§ 156 MStGO.) und beauftragt einen Kriegsgerichtsrat oder

Gerichtsoffizier mit dessen Führung und überwacht dasselbe (§ 97 Abs. 1 mit § 167 Abs. 1 Satz 1 MStGO.),[1]) ordnet event. Ergänzung an (§ 244 MStGO.).

Er entscheidet über dessen Ergebnis, verfügt u. a. die Anklage (§§ 245, 250 auch 253 MStGO.).[2]) Ferner beauftragt er einen richterlichen Militärjustizbeamten oder Gerichtsoffizier mit der Vertretung der Anklage in der Hauptverhandlung, führt den Prozeß weiter durch Rechtsmittel (§§ 365, 367, s. auch § 441 MStGO., Wiederaufnahme). Der Gerichtsherr der Berufungsinstanz beauftragt in der Berufungsinstanz einen Vertreter der Anklage (§ 386 Satz 2 MStGO.).[3])

b) Aber daneben nimmt der Gerichtsherr, wie gesagt, *sachlich Rechtsschutz darstellende Akte* vor, ähnlich wie der Staatsanwalt, aber in noch weit größerem Umfang als der Staatsanwalt im bürgerlichen Strafprozeß. Auch äußerlich wird er geradezu als „Gericht" bezeichnet (vgl. § 9 EG. z. MStGO.),[4]) und auch der Ausdruck „Ausübung der Gerichtsbarkeit"[5]) in § 12 MStGO. deutet hierauf.

Er trifft autoritative Entscheidungen, wobei aber nicht die Fälle in Betracht kommen, wo er sich entscheidet, was er tun will, in diesem Sinne „Entscheidungen" trifft (schief: *Mittermaier* a. a. O. S. 580, der dies mit Rechtsschutzfunktionen vermengt), was er natürlich auch als Verfolger tun muß, und als solcher z. B. in den Fällen der §§ 156, 245 oder 272 MStGO. tut, sondern die „Entscheidungen", welche sich sachlich als Rechtsschutzakte

---

[1]) s. auch § 167 Abs. 2 u. 3 MStGO. (Bestimmung von Offizieren zur Anwesenheit bei Untersuchungshandlungen), § 209 Abs. 1 MStGO. (Auswahl und Bestimmung der Zahl der Sachverständigen), § 223 MStGO. (Veranlassung der Leichenschau).

[2]) s. auch noch § 272 MStGO. (Abänderung, Zurücknahme der Anklage).

[3]) Auch insoweit von „Ausübung der *Gerichtsbarkeit*" zu sprechen, wie § 12 MStGO. tut (vgl. oben S. 1), ist doch sehr bedenklich und der Tadel von *Mittermaier* (a. a. O. S. 578 f.) betreffend die Verwendung des Ausdruckes im Gesetz in diesem vagen Sinne (keine „von der Rechtsprechung getrennte Verfolgung") berechtigt.

[4]) vgl. auch *Rehm* a. a. O. S. 423, es kommen ihm „*richterliche* Funktionen" zu (mit Berufung auf Punkte, die z. T. im folgenden erwähnt werden, wie §§ 175, 245, 250, 385 MStGO.); *Dietz* a. a. O. S. 243 (der Gerichtsherr sei der „eigentliche und alleinige *Richter*"). *Herz-Ernst* a. a. O. Anm. 6 zu § 24 reden davon, daß die Funktionen des Gerichtsherrn „teilweise richterlicher Natur" seien. In ERMG. Bd. 11 S. 55 werden die Entscheidungen (auch) des Gerichtsherrn als „richterliche Tätigkeit" bezeichnet, nach ERMG. Bd. 7 S. 300 ist er „im Sinne der MStGO. ein Gericht". Vgl. für die richterliche Eigenschaft des Gerichtsherrn auch *Elsner v. Gronow* im Recht 1907 S. 239 (Akte des Gerichtsherrn als „gerichtliche" bezeichnet).

[5]) Der insoweit (Gegensatz zu dem Anm. 4 Bemerkten) fundiert ist; s. auch *Rehm* a. a. O. S. 423: „Der Gerichtsherr übt *Gerichtsbarkeit* in des Wortes wahrster Bedeutung" (im Anschluß an das Anm. 4 Zitierte).

— nicht als Verfolgungshandlungen — darstellen. Dies trifft zu in erster Linie bei Entscheidung über den Strafanspruch, wie nach § 349 MStGO. in der Strafverfügung. Auch Dietz (a. a. O. S. 243) spricht hier davon, daß hier der Gerichtsherr „das Urteil selber spreche“, und S. 250, daß diese Strafverfügung dem amtsrichterlichen Strafbefehl nachgebildet sei. Ferner die Entscheidung betreffs Strafumwandlung gemäß § 463 MStGO. Eine Entscheidung betr. den Strafanspruch prima facie ist auch enthalten in der Anklageverfügung (§ 254, vgl. §§ 245, 250 MStGO.), die an Stelle des gerichtlichen Eröffnungsbeschlusses in dem bürgerlichen Strafprozeßverfahren (§§ 201, 205 StPO.) tritt, so Dietz a. a. O. S. 249: „Sie entspricht dem Eröffnungsbeschluß nach §§ 201, 205 StPO.; ebenso Rissom in GoltdArch. Bd. 56 S. 772, Bd. 58 S. 55, 56; Mittermaier a. a. O. S. 617; s. darüber näher unten S. 63. Zu diesen sachlich Rechtsschutzakte darstellenden Entscheidungen gehören auch die Entscheidungen über Ansprüche gegen Dritte: so die Entscheidung über Ungehorsamsstrafen gegen Zeugen bezw. Sachverständige (§§ 186 Abs. 3, 203 Abs. 1 u. 3, 213 MStGO.), Kostenansprüche (§§ 470 Abs. 1, 471 MStGO.). Weiter prozessuale Entscheidungen, so über die eingelegte Berufung gemäß § 385 MStGO. Nach § 280 MStGO. steht weiter unter gewissen Voraussetzungen dem Gerichtsherrn die Entscheidung über die Entbindung des Angeklagten vom Erscheinen in der Hauptverhandlung zu. Hierher gehört auch noch die Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch wegen Befangenheit eines Kriegsgerichtsrats bezw. Gerichtsoffiziers, soweit diese außerhalb der Hauptverhandlung mit Untersuchungshandlungen beauftragt sind (§ 130 Abs. 3 MStGO.). Weit über das für den Staatsanwalt im bürgerlichen Strafprozeß (vgl. Hegler a. a. O. S. 14 [210]) zulässige Maß hinaus kann sodann der Gerichtsherr Rechtssicherungsanordnungen treffen insofern, als hier ohne nachträgliche gerichtliche Arrestentscheidung[1]) der Gerichtsherr selbst über die Verhaftung entscheidet, den Haftbefehl erläßt (§§ 175 ff. MStGO.) bezw. über die Festnahme entscheidet (§ 277 MStGO.). Das Gericht kann hier nur vorläufige Festnahme anordnen (s. auch § 291 Satz 2 MStGO.). Das bürgerliche Strafprozeßverfahren kennt dagegen keinen Fall der Arrestanordnung ohne nachträgliche gerichtliche Arrestentscheidung bei Personensistierung (Hegler a. a. O. S. 14 [210]; §§ 128 ff. StPO.). Der Gerichtsherr ordnet weiter

---

[1]) Die Notwendigkeit für den bürgerlichen Strafprozeß betont Hegler a. a. O. S. 14 [210]: „Auch hier besteht für die Regel diese Notwendigkeit nachträglicher gerichtlicher Arrestentscheidung“.

(wenigstens zum Teil) Beschlagnahme und Durchsuchung an (§ 238).[1]) Anders auch hier im bürgerlichen Strafprozeßrecht: hier kann nur ausnahmsweise (§ 98 Abs. 2) eine Beschlagnahme durch den Staatsanwalt ohne notwendige nachträgliche gerichtliche Entscheidung erfolgen, sonst ist solche nötig (§§ 98 Abs. 2, 100 StPO.; s. Hegler a. a. O. S. 14 [210]; vgl. weiter noch §§ 360 ff. MStGO. Vermögensbeschlagnahme, parallel §§ 332 ff. StPO.; vgl. Hegler a. a. O. S. 10 [206] Anm. 2).

Besonders hervorgehoben werden muß auch noch, daß dem Gerichtsherrn — entsprechend dem Staatsanwalt im bürgerlichen Strafprozeß — die Vollstreckung von Entscheidungen, besonders die Strafvollstreckung gemäß §§ 138, 451, 464 Abs. 3 MStGO. zugewiesen ist (vgl. dazu Hegler a. a. O. S. 71 [267] f., 75 [269] f.).

c) Neben den Verfolgungshandlungen und den sachlich Rechtsschutztätigkeit darstellenden Handlungen nimmt der Gerichtsherr noch eine Anzahl anderer Handlungen vor, die weder unter die eine noch die andere Kategorie (wenigstens nicht ganz) gehören, hier aber zur Vervollständigung des Bildes zu nennen sind.

aa) Zunächst solche Akte, die man als „sekundäre Hilfsakte im Dienste der Rechtsschutzgewährung“ [2]) bezeichnen kann. So bei der Veranlassung der Gestellung oder Ladung von Zeugen und Sachverständigen bezw. von Angeklagten, Verteidigern (§§ 265 ff. MStGO.) sowie der Herbeischaffung anderer Beweismittel zur Hauptverhandlung von Amts wegen (§ 265 Abs. 1 MStGO.) oder auf Antrag (§ 269 MStGO.); vgl. Hegler a. a. O. S. 62 [258], Festsetzung von Ort und Zeit der Hauptverhandlung (§ 264 MStGO.). Dem entspricht im bürgerlichen Strafprozeß die Tätigkeit des Gerichtsvorsitzenden (§§ 218—220 StPO.) bezw. des Staatsanwalts, der eine sekundäre unterstützende Rechtsschutztätigkeit vornimmt (vgl. Hegler a. a. O. S. 62 [258]. Eine sekundäre Rechtsschutzhandlung: Sorge für den Fortgang des Verfahrens, ist ferner die Sorge für Aktenvorlage (§§ 344 Abs. 1, 406 MStGO.).[3])

bb) Eine Reihe anderer Handlungen des Gerichtsherrn bestimmt sich ihrer Natur nach nach dem betreffenden Verfahren, in dem sie erfolgen, sind daher jeweils sehr verschieden. So die Entscheidungen des Gerichtsherrn über Beschwerden (§§ 121, 130 Abs. 4, 132 Abs. 2, 175 Abs. 2, 210, 217 Abs. 3, 238 Abs. 4, 247

---

[1]) s. auch § 237 Abs. 4 MStGO. Betr. Anordnung von Durchsuchung, vgl. entspr. Hegler a. a. O. S. 21 f. [217] f.) (unterstützende Zwangsmaßnahmen).

[2]) Der Ausdruck stammt von Hegler (a. a. O. S. 62 [258]).

[3]) Zu nennen wären in diesem Zusammenhang noch event. § 138 MStGO. (Veranlassung der Zustellung einer Entscheidung, s. Hegler a. a. O. S. 74 [270] Anm. 2), wohl auch die Herbeiführung kommissarischer Beweisaufnahme nach §§ 270 f. MStGO.; vgl. Hegler a. a. O. S. 27 ff. (223) ff.

Abs. 2, 269 Abs. 3, 470 Abs. 2, 471 Abs. 3 MStGO.). Dasselbe gilt bezüglich der „unselbständigen Zwangsmaßnahmen", d. h. „unselbständige, unterstützende Zwangsmaßregeln innerhalb und zugunsten des im Gang befindlichen Verfahrens der Materialsammlung oder Entscheidung über den Strafanspruch, um dessen Fortgang gegenüber einer Störung jetzt zu erzwingen (Präsenzzwangmittel, Aussagezwangsmittel", Hegler a. a. O. S. 11 f. (207 f.), wie sie in den §§ 172 Abs. 3, 186 Abs. 1 u. 3, 203 Abs. 2 u. 3 MStGO. sich finden.

Hierzu gehört auch die Unterbringung in eine Irrenanstalt zur Vorbereitung eines Gutachtens nach § 217 MStGO., über die nach § 217 MStGO. der Gerichtsherr (im bürgerlichen Strafprozeß gemäß § 81 StPO. das Gericht) entscheidet. Es bestmmt sich diese in ihrer Natur jeweils nach dem Verfahren, in das sich dies Gutachten einfügen soll. Handelt es sich um ein Sachverständigengutachten für das erkennende Gericht, so ist dieselbe als Vorbereitungsakt für dessen Rechtsschutztätigkeit aufzufassen (so Hegler a. a. O. S. 62 [258] Anm. 6).

cc) Um einen Akt der Rechtsfürsorge, der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt es sich bei der Verteidigerbestellung durch den Gerichtsherrn (§§ 217 Abs. 2, 338 f. MStGO.), im bürgerlichen Strafprozeß durch das Gericht bezw. den Vorsitzenden vorgenommen (§§ 81 Abs. 2, 140 Abs. 3, 142 StPO.; vgl. dazu Hegler a. a. O. S. 58 [254] Anm. 4 und Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. I zu § 57: Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Rahmen des Zivilprozesses und nur für dessen Zwecke). Ebenso wohl bei der Entgegennahme von Rechtsmitteln bezw. des Wiederaufnahmeantrags seitens des Gerichtsherrn (§§ 369, 442 Abs. 2 MStGO., s. auch § 468).

dd) Endlich nimmt noch der Gerichtsherr eine Reihe von Akten vor, die man als Akte der Gerichtsbarkeit im w. S., genauer als Justizverwaltungsakte, bezeichnen kann. So, ähnlich wie im bürgerlichen Strafprozeß die Sorge für die Bestellung der Schöffen- und Schwurgerichte, die Bestellung und Berufung der Richter! Die Bestellung nach § 41, die Feststellung der Reihenfolge nach § 53 (s. noch § 261 Abs. 2), die Zusammenberufung des Gerichts nach § 261 Abs. 1 MStGO.

Auch das Ersuchen um einen anderen Gerichtsherrn und Zuweisung etwa fehlender Richter oder Selbstvornahme der Aburteilung (§§ 262 f. MStGO.) muß hierher gestellt werden.

4. Die oben erwähnte starke Konzentration der verschiedensten Funktionen in der Hand des Gerichtsherrn[1]) legt nun die Frage

---

[1]) Es mag noch besonders darauf hingewiesen werden, daß im Gegensatz zum

nahe, ob hier überhaupt von einem Prozeß im eigentlichen Sinne, von einem Parteiprozeß, „Anklageprozeß“ geredet werden kann. Und in der Tat gehen auch in der Literatur die Ansichten darüber weit auseinander.

Dietz (a. a. O. S. 243) und Rissom (im Handwörterbuch für Militärrecht „Verfahren, militärgerichtliches“)[1]) bezeichnen unter starker Betonung der historischen Grundlagen, insbesondere der preuß Militärstrafgerichtsordnung, das Verfahren als Untersuchungsverfahren. Rissom kommt nach Besprechung des Verfahrens der preuß. Militärstrafgerichte zu dem Ergebnis (a. a. O. S. 797): „Auch das neue Verfahren ist Untersuchungsverfahren in dem oben bezeichneten Sinne. Da indessen für die Hauptverhandlung Parteistellungen, wenn auch rein formaler Natur, geschaffen sind, und da, was noch viel mehr bedeutet, die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung eingeführt sind, von anderem abgesehen, so wird doch im Ergebnis eine gewisse Annäherung an den jetzigen Zustand des bürgerlichen Strafprozeßrechts erreicht“. Dietz (a. a. O.) bemerkt: Das alte preußische Untersuchungsverfahren sei seinen Grundzügen nach beibehalten worden, „danach ist der Gerichtsherr der eigentliche und alleinige Richter, der das ganze Verfahren von seiner Einleitung bis zur Strafvollstreckung einschließlich geradlinig und einheitlich durchführt“. Auch Mittermaier (a. a. O. S. 567) sagt von der Militärstrafgerichtsordnung: „Sie trägt den Charakter eines reinen Inquisitionsverfahrens, nur mit der dürftigen Verbrämung der ‚Anklageform‘“, besonders S. 569 ff.: „Wir haben eben in der Militärstrafgerichtsordnung nicht ein auf dem reformierten Parteigrundsatz aufgebautes Verfahren, sondern ein klares Untersuchungsverfahren, dem allerdings einige mit dem Anklagegrundsatz wesentlich zusammenhängende Garantien gegeben sind“. Er gibt zwar zu (S. 569), daß dem Beschuldigten Parteirechte gegeben seien, meint aber a. a. O. S. 569: „Die Anklageseite aber ist ganz bei den Trägern der Gerichtsbarkeit geblieben und nur unter diese derart verteilt, daß rein äußerlich einige Tätigkeiten der Verfolgung von der Tätigkeit der Rechtsprechung gelöst sind“; s. auch weiter ders. a. a. O. S. 579, 584, 599 f., 605 f., 616.

Dem Vorstehenden ganz entgegengesetzt ist die Auffassung Ph. O. Mayers in den „Erörterungen“, der sie S. 4 formuliert: „In der Militärstrafgerichtsordnung ist sonach das akkusatorische Prinzip mit

---

Staatsanwalt des bürgerlichen Strafprozesses ihm Zwangsbefugnisse zustehen, s. oben 3c, bb betreffend die Zwangsmaßregeln.

[1]) s. auch derselbe in GoltdArch. Bd. 56 S. 172 („durchgehende Herrschaft der Untersuchungsform mit dem Gerichtsherrn im Mittelpunkt“), Bd. 58 S. 50 f, 66 („Untersuchungsform“).

nahezu völliger Konsequenz durchgeführt und die Aufgaben der Strafverfolgung und der Erkenntnis scharf geschieden, jedenfalls weit konsequenter, als dies im bürgerlichen Prozeß der Fall ist, in welchem dem Gerichte eine ganze Reihe von Aufgaben strafverfolgender Natur zugewiesen sind". Ebenso stellt sich das Reichsmilitärgericht auf den Boden des Anklageprinzips bei Beurteilung der Grundsätze der Militärstrafgerichtsordnung; vgl. die ERMG. Bd. 2 S. 98: „Zutreffend führt der Beschluß des II. Senats aus, daß die Militärstrafgerichtsordnung ebenso wie die bürgerliche Strafprozeßordnung auf dem Boden des Anklageprinzips steht". Siehe weiter besonders Schlayer, Deutsche Strafrechtszeitung 1914 S. 195 f.: „Das geltende Militärstrafverfahren überhaupt als einen Untersuchungsprozeß nach dem Muster der preuß. Militärstrafgerichtsordnung von 1845 zu bezeichnen, heißt die Bedeutung der historischen Zusammenhänge überschätzen und die leitenden Grundgedanken der ganzen Reform verkennen. Regierung und Reichstag waren darüber einig, daß der veraltete Inquisitionsprozeß beseitigt ... werden soll". Sehen wir mit Birkmeyer[1]) u. a. das Kriterium des Anklageprozesses in der oben genannten eigentlichen Form des Rechtsschutzverfahrens, der Verteilung der Tätigkeit, auf drei Subjekte — Rechtsstreitform, Form des Parteiprozesses — darin, daß ein Verfolger und Verfolgter sich gegenüberstehen vor einem unparteiischen, Rechtsschutzhandlungen vornehmenden Rechtsschutzorgan, besonders einem erkennenden Gericht, das das Urteil fällt — im Gegensatz zur Konzentration der Tätigkeiten, der Verfolgung, Verteidigung und Vornahme von Rechtsschutzakten, besonders der Fällung der Entscheidung, in einer Hand, der des Richters (bezw. hier des Gerichtsherrn) —, so ist auch der Militärstrafprozeß Anklageprozeß, eigentlicher Prozeß jedenfalls im Haupt- und Kernstück des ganzen Prozesses, in der Hauptverhandlung und im Rechtsmittelverfahren, denn hier gilt das ne procedat iudex ex officio (§§ 245, 254, 317, 365 Abs. 1 Satz 2 MStGO.)[2]) Hier stehen der Angeklagte und der Anklage-

[1]) Das Strafprozeßrecht 1898 S. 134 ff. bes. S. 137: „Der Gegensatz des Inquisitions- oder Untersuchungs- und des Akkusations- oder Anklageprozesses bezieht sich lediglich auf die Form des Strafprozesses"; v. Kries, Lehrb. des Strafprozesses 1892 S. 276: „Das Strafprozeßverfahren ist inquisitorisch organisiert, wenn die Aufgabe der Strafverfolgung und Aburteilung vereinigt, es ist akkusatorisch organisiert, wenn sie getrennt sind"; Rosenfeld a. a. O. S. 49 f. Andere reden hier von „Anklageform", so Bennecke-Beling, Lehrb. des Reichsstrafprozesses 1900 S 232 ff., bes. S. 245.

[2]) Rissom in GoltdArch. Bd. 58 S. 57 meint, der Gerichtsherr sei nicht einmal bei Einlegung von Rechtsmitteln als „Partei" aufzufassen, er „erhebe" vielmehr dadurch die Sache aus der eigenen Zuständigkeit in die des vorgesetzten Gerichtsherrn. Vollzieht diese „Erhebung" (was ist das übrigens für ein juristischer

vertreter vor dem unparteiischen, unabhängigen erkennenden Gericht sich gegenüber, das das Urteil fällt, der letztere „Anträge“ stellend (§ 312 Abs. 1 MStGO.), der erstere mit Recht auf Anwesenheit (§ 278, s. auch § 389 Abs. 1 MStGO.) und mit dem Recht aus eigener Entschließung heraus Verteidigungshandlungen vorzunehmen (Anträge zu stellen § 298 Abs. 2, 3, 312 Abs. 1; Ausführungen zu geben §§ 311, 312; Fragen zu stellen § 293 Satz 1 MStGO.), sich eines selbstgewählten Verteidigers zu bedienen (§§ 337 ff., speziell §§ 338 Abs. 1, 343 Abs. 1 MStGO.).

Im Grunde geben dies auch diejenigen zu, welche das Verfahren als Untersuchungsverfahren bezeichnen. Vgl. Dietz a. a. O. S. 243: „Der Untersuchungsgrundsatz ist nicht überall folgerichtig durchgeführt“, „Für die Hauptverhandlung sind, wenn auch nur der Form nach, Parteistellungen geschaffen“; Rissom in GoltdArch. Bd. 56 S. 172 („formelle Trennung der Funktionen in der Hauptverhandlung ... mit nur schwach ausgebildeter Parteistellung des Angeklagten“); Mittermaier a. a. O. S. 605: „Anklageform ... für das Hauptverfahren“, „formelle Parteistellung“, S. 599 f.: „Auf seiten des Beschuldigten Rechte ausgebildet, die den Parteirechten entsprechen, ... eine halbe Anerkennung des Parteigrundsatzes, zu der auch das formelle Parteiauftreten in der Hauptverhandlung kommt“, S. 569 (s. oben).

Außerhalb der Hauptverhandlung und des Rechtsmittelverfahrens könnte der Militärstrafprozeß allerdings als — aber auch hier nur als modifiziertes — Untersuchungsverfahren bezeichnet werden, sofern hier sachlich Verfolgungs- und sachlich Rechtsschutzakte darstellende Handlungen in einer Hand, in der des Gerichtsherrn vereinigt sind. Modifiziert deshalb,[1]) weil doch der Beschuldigte auch außerhalb der Hauptverhandlung nicht einfach Objekt der Untersuchung ist, sondern zu selbständigen Handlungen berechtigtes Subjekt im Prozesse. Er hat eine prozeßrechtliche Pflicht zu wahrheitsgemäßen Aussagen (§§ 173 Abs. 3, 297 Abs. 3, 391 Abs. 2 MStGO.),[2]) er ist berechtigt, Prozeßhandlungen aus eigener

---

Akt?) vielleicht auch der Angeklagte, dem ja nach § 364 Abs. 1 Satz 2 MStGO. „gleichmäßig“ die Rechtsmittel zustehen? Dieser Grundsatz wird nicht durchbrochen durch das auch hier vorgesehene Klagprüfungsverfahren §§ 247 ff. MStGO., das kein Strafprozeß, sondern ein Verwaltungsprozeß ist. So Hegler a. a. O. S. 57 [253] Anm. 2. Schiefes in dieser Richtung bei Mittermaier a. a. O. S. 571, s. auch S. 580, vgl. auch unten.

[1]) vgl. übrigens Bennecke-Beling a. a. O. S. 245; Rissom in GoltdArch. Bd. 58 S. 64 gegen die Schlüssigkeit dieses Punktes (zu Unrecht, es handelt sich hierbei um eine systematische, nicht um eine historische Frage).

[2]) Die Frage ist bestritten. Wie hier ERMG. Bd. 3 S. 68, Bd. 8 S. 209 f., Bd. 11 S. 98 ff.; Schlayer a. a. O. S. 196 (die Frage, „ob der Angeklagte im Militärstrafprozeß nur Beweismittel und Objekt der Untersuchung ist wie im alten

Entschließung zum Zwecke seiner Verteidigung vorzunehmen: Anträge zu stellen (§§ 222 Abs. 2, 269 bes. Abs. 4, 388 Abs. 5 MStGO.), Rechtsmittel einzulegen (§ 365 MStGO.);[1]) er ist berechtigt, sich eines Verteidigers zu bedienen (s. oben, vgl. besonders § 337 Abs. 1 MStGO.), hat das Recht der Anwesenheit bei gewissen Akten (§ 165 — hier auch der Verteidiger, § 165 Abs. 1 —, vgl. freilich auch §§ 165 Abs. 4 u. 5, 166, 271 MStGO.).

Zu erwähnen ist noch eine Bestreitung des Charakters als Anklageprozeß sozusagen von der anderen Seite her durch Mittermaier a. a. O. S. 580: „umgekehrt greifen auch die erkennenden Gerichte in die Verfolgung ein". Diese Ansicht geht fehl. Er führt dafür an § 97 Abs. 3 MStGO., aber das Oberkriegsgericht ist hier doch nicht als erkennendes Gericht tätig, sondern als eine Art Verwaltungsinstanz, ebenso das Reichsmilitärgericht im angeführten Fall (§§ 247—249 MStGO.). (Parallel zum Klagprüfungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses, §§ 170 ff. StPO.; über dessen Natur als Verwaltungsprozeß vgl. Hegler a. a. O. S. 57 [253] Anm. 2); § 330 MStGO., den Mittermaier noch nennt, enthält wie der entsprechende § 270 bürgerl. StPO., einen Rechtsschutzakt; vgl. Hegler a. a. O. S. 66 [262] Anm. 1.

Der Prozeß, wie er in der Militärstrafgerichtsordnung niedergelegt ist, trägt sonach auch in dieser Beziehung ein zwiespältiges Gesicht, zeigt auch hier einen, wenn auch abgeschwächten, Dualismus, wie sich dies ebenfalls im § 12 MStGO.: „Die Militärgerichtsbarkeit wird durch den Gerichtsherrn und die erkennenden

---

Inquisitionsprozeß, oder ob er wie im bürgerlichen Strafprozeß Parteistellung und -recht hat", habe das ERMG. Bd. 11 S. 95 zutreffend in letzterem Sinne entschieden). Dietz a. a. O. S. 242 („der Untersuchungsgrundsatz ... ist insoweit verlassen"); anders Rissom in GoltdArch. Bd. 58 S. 64.

[1]) s. betreffs seiner Selbständigkeit hier auch noch § 382 Abs. 2 MStGO. Mit dem vorstehend nach beiden Richtungen Entwickelten stimmt durchaus überein die knappe und präzise Darlegung von Schlayer a. a. O. S. 195 f.: „Daß der Gerichtsherr ... den Mittelpunkt des gesamten Verfahrens außerhalb der Hauptverhandlung bildet, daß sowohl richterliche wie strafverfolgende Funktionen besonders im Vorverfahren in seiner Hand vereinigt sind, und daß insofern dieser Teil des Verfahrens dem früheren Inquisitionsprozeß allerdings näher steht als das Vorverfahren des gemeinen Strafprozesses". Auf der anderen Seite aber zeige sich, „daß der Schwerpunkt der Reform in der grundsätzlichen Übernahme der sogen. Anklageform, also des Parteiprozesses in Verbindung mit ... Gewährung von Parteistellung und -rechten für den Angeklagten lag. Wenn die Anklageform im Militärstrafprozeß wegen der abweichenden Gerichtsverfassung nur in der Hauptverhandlung und im Rechtsmittelverfahren, nicht aber im Vorverfahren voll durchgeführt werden konnte, so folgt daraus nicht, daß die Anklageform in der Hauptverhandlung bloßer Schein wäre, sondern daß im Sinne des Gesetzes das Schwergewicht in der Hauptverhandlung liegt, in der doch sicherlich nicht die Untersuchungsform herrscht".

Gerichte ausgeübt", mit seinem vagen Begriff der „Gerichtsbarkeit" widerspiegelt.

Auch hier zeigt sich in der Literatur eine starke Vereinheitlichungstendenz, auch hier im Sinne einheitlicher Auffassung zugleich und der Konzentration in der Hand des Gerichtsherrn, die aber am gegebenen Recht scheitert, das eben nicht bloß in die Vergangenheit weist.

## I. Teil.

# Der Gerichtsoffizier. Allgemeines.

### Name, Voraussetzungen, Bestellung und amtliche Stellung des Gerichtsoffiziers.

§ 4.

Die seitherige eingehende Untersuchung der Stellung sowie der Funktionen des Gerichtsherrn war unerläßlich für die Betrachtung der Rolle des Gerichtsoffiziers in der Militärstrafgerichtsordnung, da ja, wie sich bisher schon Schritt auf Schritt ergab, diese mit der Rolle des Gerichtsherrn aufs engste verknüpft ist.

Wir wenden uns nun dem Gerichtsoffizier selbst zu.

Der Ausdruck „Gerichtsoffizier" ist ein technischer Begriff der Militärgerichtsordnung. So wie ihn diese gebraucht, darf darunter negativ nicht verstanden werden der im erkennenden Gerichte tätige Offizier, der Offizierrichter; nicht fällt darunter der den Untersuchungshandlungen des ersuchten Gerichts nach § 167 Abs. 2 MStGO. beiwohnende, noch der als Verteidiger vor dem Stand- oder Kriegsgericht nach § 341 Abs. 1 Ziff. 1 MStGO. bestellte Offizier, obwohl es sich in allen diesen Fällen um Offiziere handelt, die im Militärstrafverfahren in oder mit oder beim Gericht tätig werden.

Gerichtsoffizier ist vielmehr positiv nach § 99 MStGO. ein vom Gerichtsherrn aus der Zahl der Subalternoffiziere bestellter Offizier, dem eine ganz bestimmte Rolle im Militärstrafverfahren zugewiesen ist. Der Gerichtsoffizier bleibt mit dem Antritt seines Amtes Offizier und wird nicht etwa Militärjustizbeamter. Wohl treten aber damit zu seinen bisherigen neue Pflichten, die denen des Militärjustizbeamten in der höheren Gerichtsbarkeit gleichen.

Die äußeren Erfordernisse für die Stellung der Gerichtsoffiziere sind nun nach der Militärstrafgerichtsordnung folgende:

Er muß Offizier sein, und zwar nach § 99 MStGO. Subalternoffizier. Juristische Kenntnisse sind also nicht Voraussetzung, was insofern besonders hervorgehoben werden muß, als der Gerichtsoffizier nach § 102 (vgl. § 97) MStGO. im Verfahren der niederen Gerichtsbarkeit mithin dieselbe prozessuale Stellung einnimmt und dieselben prozessualen Funktionen vorzunehmen hat, wie im Verfahren der höheren Gerichtsbarkeit der richterliche Militärjustizbeamte, für welchen Befähigung zum Richteramt Voraussetzung ist (§ 94 Abs. 1 MStGO.).[1]

Als weitere Voraussetzung für die Bestellung zum Gerichtsoffizier verlangt § 100 MStGO., daß der zu Bestellende mindestens schon seit einem Jahre dem Heer oder der Marine angehört habe. Im Felde und an Bord kommt diese Bestimmung aber in Wegfall.

Nach § 99 MStGO. erfolgt die Bestellung durch den Gerichtsherrn (sc.: der niederen Gerichtsbarkeit) aus der Zahl der Subalternoffiziere. Der Gerichtsoffizier ist beim Antritt seines Amtes durch den Gerichtsherrn zu beeidigen.[2] Regelmäßig fallen Bestellung und Beeidigung in der Praxis zusammen, wobei das nach § 101 Abs. 3 mit § 42 Abs. 4 MStGO. erforderliche Protokoll von dem Gerichtsherrn und dem zugezogenen Gerichtsschreiber (vgl. §§ 109 f. MStGO.) vollzogen wird (so auch Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 316). Nach PrErg. VII, 1 stehen der Bestellung eines Gerichtsoffiziers zur Vertretung eines — erkrankten, beurlaubten oder sonst verhinderten — anderen Gerichtsoffiziers durch den zuständigen Gerichtsherrn nach §§ 99 ff. MStGO. keinerlei Bestimmungen der Militärstrafgerichtsordnung entgegen. Im Gegensatz zur Bestellung der Gerichtsoffiziere erfolgt die Bestellung der richterlichen Militärjustizbeamten durch den Kontingentsherrn bezw. Kaiser (§ 93 MStGO.).

---

[1]) Eine gewisse Erweiterung der Rechte der richterlichen Militärjustizbeamten ergibt sich von selbst dadurch, daß der Militärjustizbeamte dem Gerichtsherrn der höheren Gerichtsbarkeit zugeteilt ist und daß er einige Handlungen vornehmen kann, die dem Gerichtsoffizier wegen ihrer ganz besonderen Wichtigkeit versagt sind: So kann z. B. nur ein richterlicher Militärjustizbeamter bezw. ein Amtsrichter, nie aber der Gerichtsoffizier eine Leichenschau vornehmen (§ 223 Abs. 1 MStGO.). Ferner ist im Fall des § 153 Abs. 3 der Gerichtsoffizier erst nach dem Kriegsgerichtsrat berufen „im Notfall", wobei es aber dem Ermessen des Gerichtsoffiziers überlassen ist, ob ein „Notfall" vorliegt. Voraussetzung zu einem solchen ist aber jedenfalls, daß die rechtzeitige Vornahme der Untersuchungshandlung durch einen der genannten Beamten nicht möglich erscheint und daß kein Ersuchen gestellt ist (s. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 353).

[2]) Die Form ist in § 101 MStGO. angegeben; vgl. § 42 Abs. 3 u. 4 MStGO. (Protokollaufnahmen).

Auch die amtliche Stellung des Gerichtsoffziers ist trotz der oben hervorgehobenen Ähnlichkeit der prozessualen Stellung und der prozessualen Funktionen gegenüber der der Militär-Justiz-beamten sehr verschieden: Wie der richterliche Militär-Justiz-Beamter leistet auch der Gerichtsoffizier sachlich Staatsdienste, übernimmt ein ihm übertragenes Geschäft der Heeres- oder Marineverwaltung, ein Amt,[1]) ist wie dieser Staatsdiener (vgl. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht 1912 6. Aufl. S. 101 f.). Der Militär-Justiz-Beamte ist aber im Gegensatz zum Gerichtsoffizier als Beamter, und zwar als „mittelbarer" Reichsbeamter (s. Reichs-beamtengesetz §§ 1, 120 ff.) anzusehen,[2]) d. h. er ist Landesbeamter, auf den das Reichsbeamtengesetz Anwendung findet. Er ist, da im Militärdienste stehend, Militärbeamter, genauer richterlicher Militär-Justiz-Beamter (§ 13 Abs. 3 MStGO.) im Gegensatz zum Gerichtsoffizier, der zu den Personen des Soldatenstandes gehört (vgl. Laband a. a. O. S. 378: „Personen, die eine staatliche Dienstpflicht im Heere oder in der Marine übernommen haben, sind entweder Personen des Soldatenstandes oder Militärbeamte. Die rechtliche Bedeutung dieser Unterscheidung besteht darin, daß das Reichsbeamtengesetz auf Militärbeamte Anwendung findet, auf Personen des Soldatenstandes dagegen nicht, und daß andrer-seits das Militärstrafgesetzbuch im Frieden nur für Personen des Soldatenstandes Geltung hat, für Militärbeamte dagegen nur im Felde und auch in diesem Fall nur teilweise").

Der Geichtsoffizier aber wird, wie schon erwähnt, auch durch die Übernahme der Pflichten eines Gerichtsoffiziers nicht zum Be-amten, sondern bleibt nach wie vor Offizier; auf ihn findet das Militärstrafgesetzbuch auch im Frieden, auf den richterlichen Militär-Justiz-Beamten nur im Felde Anwendung. Auf die richterlichen Militär-Justiz-Beamten finden allein die besonderen Garantien der persönlichen Rechtsstellung Anwendung (§§ 94 Abs. 2, 95, 96 MStGO.). Nur auf sie finden daher die §§ 6, 7 und 9 GVG. Anwendung, nur sie werden also auf Lebenszeit ernannt, beziehen festes Gehalt und können nur aus den im Gesetz angeführten Gründen und unter den gesetzlichen Formen ihres Amtes enthoben oder in den Ruhestand usw. versetzt werden. Ihre Stellung ist also freier gestaltet als die der Gerichts-offiziere.

---

[1]) s. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 316; vgl. § 101 MStGO.
[2]) Mit Ausnahme Bayerns, wo sie nicht Reichsbeamte sind (Laband a. a. O. S. 101).

II. Teil.

# Stellung und Funktionen des Gerichtsoffiziers im Militärstrafverfahren.

## § 5.

### Allgemeines.

1. Stellung. a) Wie oben in § 3 schon dargelegt, ist der Gerichtsherr zum Teil Träger der „Gerichtsbarkeit"; im weiteren Sinne (s. S. 1 f. d. Arbeit) sind in seiner Hand die verschiedensten Tätigkeiten im Verfahren konzentriert; zur Erledigung dieser in seiner Hand konzentrierten Funktionen stehen ihm nun nach § 13 Abs. 2 MStGO. bei der niederen Gerichtsbarkeit eben Gerichtsoffiziere „zur Seite". Damit ist deren Stellung im allgemeinen umrissen.

aa) Aus der grundsätzlichen Stellung des Gerichtsherrn ergibt sich ohne weiteres, daß das „zur Seite stehen" nicht in dem Sinne aufgefaßt werden darf, als trete der Gerichtsoffizier dem Gerichtsherrn auf gleicher Stufe zur Seite. Das Verhältnis ist vielmehr das der prinzipiellen Subordination des Gerichtsoffiziers bei seiner Tätigkeit unter den Gerichtsherrn. Er ist in seiner Tätigkeit prinzipiell unselbständiges, abhängiges Organ des Gerichtsherrn (§ 97 Abs. 1 mit § 102 MStGO.). So besonders im Ermittlungsverfahren, siehe speziell den § 167 Abs. 1 Satz 1 (Recht des Gerichtsherrn, Verfügungen zu treffen) und § 244 MStGO. (Anordnung der Vervollständigung des Ermittlungsverfahrens). In gewisser Richtung und Beziehung ist ihm aber, wie schon in § 2 der Arbeit näher ausgeführt, Selbständigkeit gegeben, so besonders betreffend die oben besprochene Mitunterzeichnung (§ 97 MStGO.) durch § 97 Abs. 3 MStGO. Daß sie aber auch insoweit noch als „Organe" des Gerichtsherrn bezeichnet werden können, darüber siehe oben S. 18 d. Arbeit.

bb) Was dieses „zur Seite stehen" sodann näher anbelangt, so besteht hier der Unterschied, daß er zum Teil statt, zum Teil aber — so gerade bei der oben erwähnten Mitunterzeichnung — neben dem Gerichtsherrn handelt; im ersteren Fall kann man ihn als Ausführungsorgan, im zweiten als Ergänzungsorgan im Verhältnis zum Gerichtsherrn bezeichnen.

cc) Im zweiten Fall — also als Ergänzungsorgan — ist seine Zuziehung für den Gerichtsherrn nach § 97 Abs. 2 MStGO. obligatorisch, aber auch im ersteren Fall ist sie (s. schon oben) dies

weithin (§ 156 Abs. 1 betr. Beauftragung mit dem Ermittlungsverfahren; vgl. noch § 167 Abs. 1 Satz 2: Ausschluß des Gerichtsherrn bei Untersuchungshandlungen;[1]) § 273 Abs. 1: Beauftragung mit Vertretung der Anklage in der Hauptverhandlung; vgl. noch Abs. 2: Ausschluß des Gerichtsherrn von der Hauptverhandlung; § 255 Abs. 2 MStGO.: Unterzeichnung der Anklageschrift durch den Gerichtsoffizier allein). Sonst ist sie fakultativ.

dd) Was den Anstoß zu seiner Tätigkeit anlangt, so wird er, wie schon aus dem oben Gesagten folgt, tätig regelmäßig auf Auftrag des Gerichtsherrn hin, so im § 156 Abs. 1 (als Untersuchungsführer im Ermittlungsverfahren), § 263 Abs. 2 und § 273 Abs. 1 MStGO. (als Vertreter der Anklage in der Hauptverhandlung). Es handelt sich hier um ein Auftragsverhältnis des öffentlichen Rechts, fließend aus dem öffentlichrechtlichen Unterordnungsverhältnis des Gerichtsoffiziers zum Gerichtsherrn. Teilweise wird der Gerichtsoffizier aber auch tätig ohne solchen Auftrag, z. B. als negotiorum gestor (ebenfalls des öffentlichen Rechts) für den Gerichtsherrn, so im Falle der §§ 153 Abs. 3 und 169 MStGO.

b) Zum Teil aber steht der Gerichtsoffizier offenbar überhaupt nicht dem Gerichtsherrn „zur Seite", so z. B. wenn er auf Anstoß der Beschuldigten im Fall des § 369 Abs. 2 MStGO. tätig wird, wenn er eine auf Einlegung oder Zurücknahme eines Rechtsmittels bezügliche Erklärung des Beschuldigten zu Protokoll nimmt.[2])

2. Funktionen. Entsprechend dem im § 3 der Arbeit über den Gerichtsherrn — dem er ja (s. oben) „zur Seite steht" — Ausgeführten sind auch die Funktionen des Gerichtsoffiziers sachlich hauptsächlich zwiefacher Art. Bald handelt es sich um Auftreten als Verfolger (bezw. als dessen Vertreter) gegen den Verfolgten —, so zum Teil im Ermittlungsverfahren, bei Anfertigung der Anklageschrift, als Vertreter der Anklage vor dem erkennenden Gericht — bald um Vornahme bezw. Mitvornahme sachlich als Rechtsschutz sich darstellender Handlungen, so z. B. bei Mitunterzeichnung der Strafverfügung (§ 349 MStGO.), bei Beschlagnahmeanordnung im Fall § 238 Abs. 1 MStGO. Damit ist aber der Kreis seiner Funktionen keineswegs erschöpft, wie sich unten näher zeigen wird.

---

[1]) Betreffend die Frage, ob der Gerichtsherr nach Anordnung des Ermittlungsverfahrens selbständig Ermittlungen vornehmen darf, s. unten S. 46.

[2]) s. weiter den Fall § 368 MStGO. (unten S. 81 d. Arbeit), § 125 Abs. 2 MStGO. (S. 82), den Fall § 180 MStGO. (S. 56 d. Arbeit), § 327 Abs. 4 (S. 86 d. Arbeit).

3. Zusammenfassung. Nach dem vorstehend Entwickelten ist bei Schilderung des Wirkungskreises des Gerichtsoffiziers im einzelnen immer von zwei Fragen auszugehen, von der der Stellung und von der der Funktion.

a) Die letztere ist in folgender Art zu formulieren: Wie muß die fragliche Tätigkeit sachlich beurteilt werden (als — sachlich — Rechtsschutzhandlung, Verfolgungshandlung usw. darstellend? Und in welcher Funktionsrolle erscheint entsprechend der Gerichtsoffizier (Richter-, Staatsanwaltsähnlichkeit)?

b) Die erstere in folgender Weise: Welches ist die Stellung des Gerichtsoffiziers im Verhältnis zum Gerichtsherrn? Steht er ihm „zur Seite"? Wenn ja, dann weiter: Selbständigkeit — wenigstens relative — oder Unselbständigkeit? Statt oder neben ihm handelnd? Auftrag als Anstoß vorhanden oder fehlend? Notwendige oder fakultative Zuziehung?

Wir können in folgendem ausgehen von den auch in der Militärstrafgerichtsordnung hervortretenden äußeren Gruppen:

1. Der Gerichtsoffizier im Ermittlungsverfahren.
2. Der Gerichtsoffizier als Vertreter der Anklage.
3. Die dann noch zu behandelnden Nebenfunktionen sind in einem III. Abschnitt zusammengefaßt.

# I. Der Gerichtsoffizier im Ermittlungsverfahren.

## § 6.

### A. Allgemeines.

#### 1. Charakter des „Ermittlungsverfahrens" in der Militärstrafgerichtsordnung.

Im Gegensatz zum bürgerlichen Strafprozeß kennt die Militärstrafgerichtsordnung keine Voruntersuchung, keinen Untersuchungsrichter und keine Tätigkeit eines Amtsrichters im Ermittlungsverfahren (im Fall § 153 Abs. 3 MStGO. ist zwar Tätigkeit eines Amtsrichters vorgesehen, aber hier, noch ehe das Ermittlungsverfahren angeordnet ist, im Fall des § 160 Abs. 3 MStGO. handelt es sich um Tätigkeit eines ersuchten Amtsrichters als Ausnahmefall). Die Entscheidung, ob nach Schluß des Ermittlungsverfahrens der Beschuldigte außer Verfolgung zu setzen oder ob gegen ihn einzuschreiten sei, steht nach § 245 MStGO. dem Gerichtsherrn zu. Ziel und Zweck des Ermittlungsverfahrens im Militärstrafprozeß ist der, das nötige Be- oder Entlastungsmaterial zu sammeln für diese Entscheidung des Gerichtsherrn, „ob Anklage

zu erheben, oder die strafgerichtliche Verfolgung einzustellen sei" (§ 168 MStGO.). Eingesprengt ist Beweissicherungs- und Arrestverfahren.[1]) Man könnte bezüglich des Charakters dieses Ermittlungsverfahrens an die strafprozessuale Voruntersuchung des bürgerlichen Rechts als Parallele denken (s. speziell § 188 StPO.). So hauptsächlich Rissom (GoltdArch. Bd. 58 S. 54): „Das Ermittlungsverfahren der Militärstrafgerichtsordnung entspricht, wie auch ein Vergleich der einzelnen Vorschriften ergibt, ... der Voruntersuchung des bürgerlichen Strafprozesses" und Mittemaier, der a. a. O. S. 617 ebenfalls erklärt: „Das Ermittlungsverfahren gleicht in der Anlage der bürgerlichen gerichtlichen Voruntersuchung. Sein Ziel (§ 168) ist das gleiche (§ 188 StPO.)". Das letztere ist nach dem Gesagten ohne weiteres insoweit zuzugeben, als es sich in beiden Fällen um die Materialsammlung für die Entscheidung über Weiterführung des Prozesses handelt. Aber der große Unterschied ist, daß über deren Ergebnis bei der Voruntersuchung ein Gericht befindet, also das Ganze eine Materialsammlung für die Entscheidung eines solchen darstellt (vgl. Hegler a. a. O. S. 44 [240] f)., während nach der Militärstrafgerichtsordnung die entsprechende Entscheidung dem Gerichtsherrn, der Verfolger ist, zusteht. Die Parallele ist sonach also eher vorhanden zum Ermittlungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses (s. § 158 StPO.), eine Auffassung, die auch Ph. O. Mayer a. a. O. S. 6 vertritt, wenn er bei Besprechung der Stellung der richterlichen Militär-Justiz-Beamten und Gerichtsoffiziere ausführt: „Ihre Stellung entspricht genau der des Amtsrichters im vorbereitenden Verfahren des bürgerlichen Strafprozesses, des sogen. „Ermittlungsrichters". Einem Untersuchungsrichter, wie ihn der bürgerliche Strafprozeß kennt, konnte in der Militärstrafgerichtsordnung kein Platz eingeräumt werden und sie kennt daher nicht die Unterscheidung zwischen dem „Ermittlungsverfahren" und der „Voruntersuchung" des bürgerlichen Strafprozesses, aber das Vorangehen derselben ist eine Parallele zu ersterem. Die Gründe, warum ein Voruntersuchungsverfahren und ein Untersuchungsrichter nicht vorgesehen wurden, sind, wie die Begründung (S 56) ausführt: „Gedachte Unterscheidung der Strafprozeßordnung ist unvereinbar mit dem System des Entwurfs. Sie hat zur Voraussetzung das Nebeneinanderbestehen einer Strafverfolgungsbehörde (Staatsanwaltschaft), welche Trägerin und Leiterin des Ermittlungsverfahrens ist, und eines Richters (Untersuchungsrichters), der die Voruntersuchung nach eigener selb-

---

[1]) vgl. für das hierin entsprechende Ermittlungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses Hegler a. a. O. S. 36 [232] f.

ständiger Entschließung über den Umfang und die Richtung derselben führt, während der Strafverfolgungsbehörde hier nur das Recht zusteht, die Vornahme einzelner richterlicher Handlungen zu beantragen und hierdurch auf den Gang und die Richtung der Untersuchung einzuwirken. Wie bereits hervorgehoben, widerstreitet es den militärischen Anschauungen und den militärischen Verhältnissen, neben den Gerichtsherrn, dem unter allen Umständen die Strafverfolgung zustehen muß, einen selbständigen Untersuchungsrichter zu stellen, bei dem er die von ihm im Laufe der Voruntersuchung für erforderlich erachteten Maßnahmen zu beantragen hätte und der befugt wäre, die Anträge des Gerichtsherrn abzulehnen. Es würde dies vielfach zu Konflikten führen und den Dienstherrn in eine mit seiner Verantwortlichkeit und seinem Dienstansehen nicht vereinbare Lage bringen". In der Kommissionsberatung wurde versucht, neben dem Gerichtsherrn wenigstens für die schwereren Straffälle einen selbständigen, unabhängigen Untersuchungsrichter einzusetzen, der Antrag wurde aber abgelehnt, ebenso ein in der gleichen Richtung in der 2. Lesung des Reichstags wieder aufgenommener Antrag (s. über diese Verhandlungen Koppmann a. a. O. S. 46 sub 2). Der Gerichtsherr ist als Herr und Leiter des Vorverfahrens, (wie schon oben in §§ 2 u. 4 der Arbeit ausgeführt wurde), gedacht. Die Zulassung eines — notwendig selbständigen[1]) — Untersuchungsrichters würde ihn aus dieser Stellung in gewissem Sinne verdrängt haben,[2]) dies sollte vermieden werden. So ist alle Tätigkeit im Vorverfahren in seiner Hand konzentriert.

### 2. Rolle des Gerichtsoffiziers im Ermittlungsverfahren im allgemeinen.

Entsprechendes gilt für den Gerichtsoffizier, der im Ermittlungsverfahren dem Gerichtsherrn „zur Seite steht": seine Beauftragung (s. oben) seitens des Gerichtsherrn als Ausführungsorgan (s. oben) mitdem Ermittlungsverfahren ist hier nach § 156 Abs. 1 MStGO. obligatorisch (s. oben). Man hat deshalb im Militärstrafprozeß bei dem Gerichtsoffizier im Ermittlungsverfahren eine dem Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren bezw. in der Voruntersuchung des bürgerlichen Strafprozesses und eine dem Untersuchungsrichter in der Voruntersuchung bezw. dem Amtsrichter im Ermittlungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses ähnliche

---

[1]) vgl. dazu bei dem bürgerlichen Strafprozeß bes. Rosenfeld, Lehrb. S. 34, 212.

[2]) vgl. Mittermaier a. a. O. S. 571 (der Gerichtsherr würde zum Staatsanwalt der bürgerlichen StPO. herabgedrückt).

Rolle auseinanderzuhalten; so auch Mot. S. 115: „Der Untersuchungsführer übt ... als Organ des Gerichtsherrn nicht eine bloß staatsanwaltschaftliche Tätigkeit aus, er ist vielmehr berufen, auch richterliche Handlungen vorzunehmen“. Dietz a. a. O. S. 248: „Er (der Untersuchungsführer) hat sonach die Aufgabe des Staatsanwalts und des Untersuchungsrichters im bürgerlichen Strafverfahren“; Koppmann a. a. O. S. 262 f. (Der Untersuchungsführer nimmt „bald die staatsanwaltschaftliche Rolle, bald die des Richters wahr“), wogegen Mittermaier a. a. O. S. 617 zuviel sagt, wenn er einfach meint, der Untersuchungsführer „ist Richter“. Das ist näher darzulegen.

## I. Vorfrage: Begriff des „Untersuchungsführers“.

Das eben Bemerkte gilt für den Gerichtsoffizier nur dann, wenn man die Vorschriften, die für den „Untersuchungsführer“ in der Militärstrafgerichtsordnung aufgestellt sind, auch für den Gerichtsoffizier für maßgebend erklärt. Stenglein (Komm. z. MStGO. S. 108) bestreitet dies, indem er erklärt, das in Klammer stehende Wort „Untersuchungsführer“ des § 159 MStGO. beziehe sich nicht auf den Gerichtsoffizier. Dies aus der Erwägung heraus, daß der Gerichtsoffizier Zuständigkeit nur in Sachen der niederen Gerichtsbarkeit habe, die der schöffengerichtlichen „einigermaßen“ entspreche, für letztere aber ja eine Voruntersuchung ausgeschlossen sei (§ 176 Abs. 3 StPO.), weiter besonders wegen § 160 Abs. 1 MStGO., wonach der „Untersuchungsführer“ ausdrücklich ermächtigt sei, richterliche Untersuchungshandlungen vorzunehmen, solche des Gerichtsoffiziers könnten aber nie „richterliche“ sein. Die Folge seiner Auffassung ist nach Stenglein: Der Gerichtsoffizier darf keine richterlichen Untersuchungshandlungen im Sinne der durch Verlesung auch in der Hauptverhandlung zu benutzenden Beurkundungen oder eidliche Vernehmungen von Zeugen oder Sachverständigen vornehmen, sondern hat, wenn im Laufe seiner Erhebungen solche nötig werden, andere Gerichtsherren oder Amtsrichter um dieselben anzugehen bezw. den beauftragenden Gerichtsherrn zu veranlassen, mit der Handlung einen Kriegsgerichtsrat zu beauftragen. Gegen diese Auffassung[1]) spricht aber, wie beides auch Stenglein selbst zugeben muß, die Tendenz des Gesetzes, die beim Verfahren beteiligten Offiziere ohne Rücksicht auf ihr juristisches Laientum zu verwenden und fernerhin, daß das Gesetz, wenn es seine Auffassung geteilt hätte, über das einfache Ermittlungsverfahren des Gerichtsoffiziers besondere

---

[1]) So sind seine — nicht sehr klaren — Äußerungen wohl aufzufassen.

Vorschriften hätte festsetzen müssen, was nicht geschehen ist: die Militärstrafgerichtsordnung kennt nur ein Ermittlungsverfahren ohne Unterscheidung, in welchem nie vom Gerichtsoffizier als solchem die Rede ist; seine versuchte Widerlegung letzteren Gegenarguments, „daß § 160 StPO. in § 160 MStGO. einigermaßen reproduziert ist“, erscheint doch recht schüchtern, von einer „Reproduktion“ des § 160 StPO. in § 160 Abs. 1 MStGO. kann aber überhaupt nicht die Rede sein, dem § 160 StPO. entspricht vielmehr § 160 Abs. 3 MStGO. Die positiven Gründe Stengleins sind nicht stichhaltig,[1] sowohl seine Meinung, daß es sich hier nur um eine Parallele zur Voruntersuchung des bürgerlichen Strafprozesses handeln könne, wie auch, daß der Gerichtsoffizier nie „richterliche“ Untersuchungshandlungen vornehmen könne, ist eine petitio principii. Siehe betreffend ersteren Punkt das oben über die Parallele zum Ermittlungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses Bemerkte. Betreffend den letzteren Punkt verweist Elsner v. Gronow u. Sohl (a. a. O. S. 358) mit Recht auf den § 10 EG. z. MStGO., wonach jede Handlung, die von dem „untersuchungsführenden“ Gerichtsoffizier gegen den Täter gerichtet wird, einer richterlichen Handlung gleichzuachten ist, weiter auf § 270 MStGO., wonach durch einen Gerichtsoffizier die kommissarische Vernehmung eines am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhinderten Zeugen oder Sachverständigen herbeigeführt werden kann, also gerade (vgl. noch § 305 Abs. 2 MStGO.) eine der nach Stenglein angeblich vom Gerichtsoffizier nicht vornehmbaren „richterlichen Untersuchungshandlungen“.[2] Außerdem müßte (s. ebenfalls Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O.) nach der Stengleinschen Ansicht unter den im § 122 Ziff. 4 MStGO. bezeichneten Personen neben dem „Untersuchungsführer im Ermittlungsverfahren“ auch der mit dem Ermittlungsverfahren beauftragte Gerichtsoffizier noch besonders genannt sein, was nicht der Fall ist, ein Umstand, der deutlich darauf hinweist, daß unter „Untersuchungsführer im Ermittlungsverfahren“ auch der mit letzterem beauftragte Gerichtsoffizier vom Gesetz verstanden wird. Nicht zwingend dagegen ist das von Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 359 noch weiter angeführte Argument, man könnte dann nicht verstehen, weshalb im § 160 Abs. 1 MStGO. die Worte: „einschließlich richterlicher Untersuchungshandlungen“ ausdrücklich aufgenommen wären. Denn

[1]) Ganz unverständlich ist die Bemerkung in Anm. 6 zu § 172 in dieser Richtung.

[2]) s. auch noch den Parallelfall zu §§ 270, 305 Abs. 2 MStGO. in § 308 Abs. 1 vgl. § 280 MStGO., wo von Aufnahme durch einen „Untersuchungsführer“ die Rede ist. Soll hier abweichend vom ersten Fall der Gerichtsoffizier ausgeschlossen sein, obgleich es ein Parallelfall ist?

nach der Stengleinschen Ansicht wäre eine solche Hervorhebung überflüssig, da die Untersuchungshandlungen des richterlichen Militär-Justiz-Beamten ohne weiteres richterliche seien.[1])

## II. Die richterähnliche Rolle des Gerichtsoffiziers im Ermittlungsverfahren.

Nach Widerlegung dieser — in der Literatur vereinzelt dastehenden — Auffassung Stengleins wenden wir uns zunächst der richterähnlichen Rolle des Gerichtsoffiziers als Untersuchungsführer zu.

Was diese anbelangt, so prägt sie sich aus

A. In der Stellung des Gerichtsoffiziers im Ermittlungsverfahren.

aa) Einmal in seiner Stellung gegenüber dem Gerichtsherrn bei Vornahme von Untersuchungshandlungen. Der § 167 Abs. 1 Satz 2 MStGO. garantiert hier (s. oben) eine gewisse Unabhängigkeit des Gerichtsoffiziers dadurch, daß er den Gerichtsherrn von der Teilnahme an den Untersuchungshandlungen ausschließt. Ob der Gerichtsherr nach Anordnung des Ermittlungsverfahrens selbständig neben dem Gerichtsoffizier Ermittlungen vornehmen darf, ist bestritten. ERMilGer. Bd. 2 S. 153 ff. und ihr folgend Herz u. Ernst a. a. O. S. 725 Anm. 3 wollen solche Handlungen dem Gerichtsherrn insoweit vorzunehmen gestatten, als sie sich auf disziplinärem oder militärpolizeilichem Gebiet bewegen. So ERMG. a. a. O., in concreto auf militärpolizeilichem Gebiet liegende Handlungen ausnehmend, mit der Begründung S. 166: „Die Militärstrafgerichtsordnung entzieht dem Gerichtsherrn die Vornahme richterlicher Handlungen, sie verwehrt ihm — und nur dahin ist der 2. Satz des § 167 Abs. 1 MStGO. zu verstehen — die Teilnahme an den von dem Untersuchungsführer vorzunehmenden Untersuchungshandlungen, sie schließt seine Anwesenheit in der Hauptverhandlung aus und bindet ihn — bis auf wenige Ausnahmefälle — beim Erlassen von Entscheidungen und Verfügungen an die Mitzeichnung des ihm beigeordneten Militärjustizbeamten (§ 97 MStGO.). Die Militärstrafgerichtsordnung beschränkt aber den Gerichtsherrn nicht in denjenigen Befugnissen, die ihm als dem militärischen Vorgesetzten auf dem disziplinaren und militärpolizeilichen Gebiete zustehen“ . . . „Wie im bürgerlichen Verfahren dem Staatsanwalt, so steht im militärischen Verfahren dem Gerichtsherrn die Strafverfolgung zu. Und wie der Staatsanwalt, selbst nach eröffneter Voruntersuchung, noch neben dem Untersuchungsrichter selbständig Ermittlungen an-

[1]) s. dagegen unten Anm. 2 zu S. 48 d. Arbeit.

stellen oder durch die Polizei veranlassen kann, so ist auch dem Gerichtsherrn das Recht nicht zu bestreiten, militärpolizeiliche Nachforschungen auch dann noch anzustellen, wenn er das Ermittlungsverfahren angeordnet hat." Mit Recht hat aber Beling in ZStW. Bd. 21 gegenüber dieser Entscheidung des Reichsmilitärgerichts hervorgehoben, 1. daß der Gerichtsherr zweifellos keine strafprozessualen Untersuchungshandlungen vornehmen könne (§ 167 Abs. 1 S. 2 MStGO.), 2. daß er andererseits ebenso zweifellos disziplinäre und militärpolizeiliche Befugnisse während Obschwebens eines Strafprozesses unverkürzt ausüben könne, obgleich hierfür die Parallele des Staatsanwalts nicht angezogen werden dürfe, der eben strafprozessuale Untersuchungshandlungen vornehme, daß aber 3. der Begriff der Militärpolizei im Sinne der Präventivtätigkeit zu präzisieren sei, somit Handlungen, wie die in concreto fraglichen (Haussuchung, Zeugenvernehmungen) nicht darunter fallen, vielmehr zu Ziff. 1 gehören. Siehe weiter in dieser Richtung Mewes im Handw.-Buch f. MilR., „Gerichtsherr im Ermittlungsverfahren" S. 347: „Ebensowenig darf er (Gerichtsherr) selbst den Untersuchungshandlungen des eigenen Untersuchungsführers oder des fremden Gerichts beiwohnen und noch weniger solche selbst vornehmen; weder gerichtliche noch polizeiliche. Die Unterscheidung des Reichsmilitärgerichts (Bd. 2 S. 160) zwischen richterlichen und polizeilichen Untersuchungshandlungen und der Aufstellung, daß militärpolizeiliche Untersuchungshandlungen dem Gerichtsherrn im Ermittlungsverfahren neben den Ermittlungen des Untersuchungsführers gestattet seien, findet im Gesetz keine Stütze und ist nicht gerechtfertigt".

Man wird anschließend an die Genannten zu sagen haben, daß alle strafprozessualen Ermittlungshandlungen dem Gerichtsherrn untersagt sind, d. h. alle die für den Strafprozeß Verwertung finden sollen, und auch nicht als Ausübung disziplinärer oder polizeilicher Befugnis gerechtfertigt werden können. Dies gilt auch gegenüber den Darlegungen von Rissom in GoltdArch. Bd. 58 S. 55 zu unserer Frage, der in der Begründung vom Reichsmilitärgericht abweichend meint, daß der Gerichtsherr „in seiner Eigenschaft als direkter Disziplinarvorgesetzter ... Handlungen, welche die Aufklärung des Tatbestandes bezwecken, vorzunehmen berechtigt ist" mit der seltsamen Argumentation: weil nach § 153 Abs. 2 MStGO. der nächste Disziplinarvorgesetzte Ermittlungen vor dem Ermittlungsverfahren vorzunehmen hat, kann er solche auch während desselben vornehmen (erster Sprung!), um so mehr kann dies aber der Gerichtsherr selbst als direkter höherer Vorgesetzter (zweiter

Sprung! trotz § 167 Abs. 1 Satz 2 MStGO.!); siehe gegen die hier bekämpfte Ansicht auch noch Dietz a. a. O. S. 238.

bb) Neben diesem Moment finden wir ein zweites, in dem sich die Richterähnlichkeit beim Gerichtsoffizier in der Stellung ausprägt, in der Ablehnbarkeit und Ausschließung des Gerichtsoffiziers als Untersuchungsführer, entsprechend wie beim Richter des bürgerlichen Strafprozesses. Diese im § 130 MStGO. ausgesprochene Ablehnbarkeit und Ausschließung des Gerichtsoffiziers — soweit er außerhalb der Hauptverhandlung eine Nebenhandlung vornimmt — ist ähnlich der des Untersuchungsrichters (§§ 22 ff. StPO.) oder Amtsrichters im Ermittelungsverfahren (Rosenfeld a. a. O. S. 206 Anm. 7) und steht im scharfen Gegensatz zur Stellung des Staatsanwalts im bürgerlichen Strafprozeß, der nie ablehnbar ist. Aber freilich läßt sich hier die Parallele zum Richter nur zum Teil ziehen, denn über das Ablehnungsgesuch entscheidet hier der Gerichtsherr (§ 130 Abs. 3 MStGO.), nicht das Gericht, wie im bürgerlichen Strafprozeß (§ 27 StPO.).

Die beiden soeben besprochenen Momente greifen generell für alle Untersuchungstätigkeit des Gerichtsoffiziers Platz. Also auch für solche Handlungen, die eine Parallele darstellen zu solchen, wie sie der Staatsanwalt im Ermittelungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses vornimmt (s. u. unter III). Es ist dies auffallend, aber wohl aus der Schwierigkeit einer Scheidung zwischen solchen und anderen Handlungen zu erklären.

B. Die richterähnliche Rolle des Gerichtsoffiziers prägt sich weiterhin auch in der Art der Funktionen aus, und zwar insofern, als der Gerichtsoffizier — unter der oben dargelegten Voraussetzung, daß er auch „Untersuchungsführer" ist — folgende Funktionen vorzunehmen berechtigt ist.

aa) Er darf (§ 160 Abs. 1 MStGO.) entsprechend dem untersuchungsführenden richterlichen Militärjustizbeamten „Ermittelungen jeder Art, einschließlich richterlicher Untersuchungshandlungen, insbesondere eidliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen vornehmen": also spezifisch richterliche Handlungen, die der Staatsanwalt im Ermittelungsverfahren der Strafprozeßordnung nicht vornehmen darf.[1][2]

---

[1]) vgl. § 159 StPO. „mit Ausschluß eidlicher Wahrnehmungen", § 160 StPO. „Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung", wegen deren Vornahme sich der Staatsanwalt vielmehr an den Amtsrichter wenden muß (§ 160 StPO.).

[2]) Der Ausdruck „richterliche Untersuchungshandlungen" ist hier wie in der bürgerlichen Strafprozeßordnung ein höchst unglücklich gewählter. Man kann hier von dem Vornehmenden ausgehen oder von der sachlichen Natur der vorzunehmenden Handlung. In ersterer Richtung gehend, bemerkt Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 359, die Untersuchungshandlung des vom Gerichtsherrn beauftragten richterlichen Militärjustizbeamten sei ohne weiteres

bb) Er kann Protokolle aufnehmen, die — im scharfen Gegensatz zu den staatsanwaltschaftlichen Protokollen des Ermittelungsverfahrens im bürgerlichen Strafprozeß[1]) — in der Hauptverhandlung verlesbar sind (§§ 305,[2]) 308,[3]) auch 303[4]) MStGO.).

cc) Er darf die Anordnung der Beschlagnahme nach § 238 Abs. 1 MStGO. bei Gefahr im Verzug (sonst Mitunterzeichnung der diesbezüglichen Anordnung des Gerichtsherrn, vgl. Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 424) treffen, während nach bürgerlicher Strafprozeßordnung (§ 98 Abs. 1 u. 2, auch § 100 Abs. 2)

---

eine richterliche (die Hervorhebung sei offenbar gerade im Hinblick auf den Gerichtsoffizier als Untersuchungsführer gemacht); Koppmann a. a. S. S. 263 für den bürgerlichen Strafprozeß, hier werde die Handlung dadurch, daß sie vom Amtsrichter geschehe, zur gerichtlichen, abgesehen von der Natur der betreffenden Handlung, welche nur einem Richter zustehe". So kann aber offenbar das Wort hier nicht gemeint sein, denn der Ausdruck „Untersuchungsführer" bezieht sich doch auch auf den richterlichen Militärjustizbeamten, und hier wäre es doch abwegig, zu sagen, er könne Handlungen vornehmen, die durch Vornahme seinerseits sich als „richterliche" darstellen. So ist denn offenbar hier von der sachlichen Natur der vorzunehmenden Handlung auszugehen, so Koppmann a. a. O. S. 263 für den Militärstrafprozeß („Natur der betreffenden Untersuchungshandlung"); so auch für den bürgerlichen Strafprozeß Birkmeyer a. a. O. S. 585 (s. dort über die auch hier strittige Frage) S. 583, 202. Es handelt sich offenbar um Handlungen, die nach dem bürgerlichen Strafprozeß, der hier vorschwebt (§§ 159 f. StPO.) nur der Richter vornehmen kann. Was im einzelnen dazu gehört, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls aber eidliche Vernehmungen, die der § 160 Abs. 1 MStGO. ausdrücklich nennt. Koppmann a. a. O. S. 263 nennt hier — s. auch Birkmeyer a. a. O. S. 583, 202 — weitere Beweissicherungshandlungen und Vernehmungen von Beschuldigten, die nach § 308 MStGO. verlesen werden sollen, betr. diese aber finden sich zumeist besondere Bestimmungen; sie sind deshalb hier unter bb besonders aufgeführt. Wenn — s. auch Birkmeyer a. a. O. S. 583, 202 — er noch hinzufügt: „alle bei der Erforschung des Tatbestandes der Anwendung von Zwangsmitteln, z. B. §§ 202 u. 203, bedürfenden Untersuchungshandlungen", so ist zu bemerken, daß in diesen Fällen der Gerichtsherr die Zwangshandlung vornimmt, s. §§ 202 Abs. 3, 203 Abs. 3, vgl. mit § 186 Abs. 3 MStGO., im übrigen s. die unter cc und dd angeführten besonderen Bestimmungen.

[1]) s. StPO. §§ 250, 253 Abs. 1, 248 a. E. (verb. „richterlichen Augenscheins").

[2]) Hier ist in Abs. 1 ausdrücklich die Vernehmung durch den Gerichtsoffizier genannt.

[3]) verb. „Untersuchungsführer".

[4]) Hier ist die Rede von Protokollen „über die Einnahme des richterlichen Augenscheins". Der Ausdruck ist ungeschickt gewählt, offenbar ist aber auch ein vom Gerichtsoffizier als Untersuchungsführer im Ermittelungsverfahren aufgenommener Augenschein mitgemeint; vgl. Koppmann a. a. O. S. 570 unter 18 a; Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 412 gegen die irreführende Bemerkung der Motive S. 126, daß „richterlich" vor Augenschein für das Ermittelungsverfahren nicht zutreffe. Es handelt sich hierbei um einen Augenschein, der „richterliche Untersuchungshandlung" im oben Anm. 2 dargelegten Sinn ist, gemäß § 160 Abs. 1 MStGO. vom Gerichtsoffizier vornehmbar.

bei Vornahme durch den Staatsanwalt hier richterliche Bestätigung in Betracht kommt; vgl. dazu Hegler a. a. O. S. 13 f. (209 f.).

dd) Er kann das Zwangsmittel einer Anordnung der Vorführung ohne Ladung[1]) bei Gefahr im Verzug anwenden (§ 172 Abs. 3 MStGO.). Im bürgerlichen Strafprozeß ist das entsprechende Zwangsmittel (s. § 134 Abs. 1 StPO.) — wie richtiger Meinung nach[2]) alle derartigen Zwangsmittel — nicht dem Staatsanwalt, sondern nur dem Richter[3]) eingeräumt.

ee) Auch § 10 EG. z. MStGO. könnte hier erwähnt werden: Einer richterlichen Handlung im Sinne des § 68 des bürgerl. StGB. ist gleichgestellt jede Handlung, die von dem untersuchungsführenden Gerichtsoffizier wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet wird. Doch sind hier auch andere Handlungen den richterlichen im Sinne des § 68 StGB. gleichgestellt, bei denen Staatsanwaltsähnlichkeit besteht: so die Handlungen des die Anklage vertretenden Gerichtsoffiziers (vgl. hierzu § 10 EG. z. MStGO.)[4])

Im Anschluß an das zu A und B Ausgeführte kann die von Rissom in GoltdArch. Bd. 58 S. 54 f. formulierte Frage beantwortet werden, ob man den Untersuchungsführer mit Rücksicht auf seine Abhängigkeit als „Gericht" bezeichnen könne; er erklärt sie für zweifelhaft. Man wird sie aber völlig zu verneinen haben.

Seine Funktion ist zwar, wie wir sahen, zum Teil eine richterähnliche, auch seine Stellung zeigt gewisse richterähnliche Züge. Aber eben nur Richterähnlichkeit, weshalb die Bezeichnung als „Gericht" verfehlt ist; es fehlt ihm dazu das nach heutiger

---

[1]) Vorführung nach Ladung wohl stets, da nur für den obengenannten Fall ausdrücklich der Gerichtsherr als regelmäßig zuständig genannt ist; s. in diesem Sinne auch wohl Stenglein a. a. O. Anm. 2 zu § 172, s. auch Anm. 6 zu § 172; vgl. weiter Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 367. Das oben gegenüber der bürgerlichen Strafprozeßordnung und im folgenden Bemerkte gilt hier entsprechend (vgl. § 133 Abs. 2 StPO.).

[2]) vgl. z. B. Bennecke-Beling a. a. O. S. 470 f.: „Die in praxi beliebte „Sistierung", Zwangsgestellung einer Person vor den Staatsanwalt oder die Polizei durch einen Schutzmann u. dergl. ist ungesetzlich. Die Strafprozeßordnung gibt der Staatsanwaltschaft und der Polizei kein solches Recht. Löwe-Rosenberg, Komm. z. StPO. 14. Aufl. Anm. 3b zu § 159 (dort Literatur).

[3]) Die Zwangsmaßnahmen des § 186 Abs. 1 u. 3, § 203 Abs. 2 u. 3 MStGO. verhängt der Gerichtsherr; der Gerichtsoffizier kommt dabei nur, aber immerhin für die Mitunterzeichnung gemäß § 97 Abs. 2 MStGO. in Betracht. Vgl. Sturm und Walde Bd. 1 S. 97; Schlayer a. a. O. S. 278 Anm. 403; Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 381, 400.

[4]) Der § 167 Abs. 1 Satz 2 MStGO. steht zwar im Abschnitt betr. das „Ermittelungsverfahren", wird aber analog auch auf die „Vorbereitung der Hauptverhandlung" anzuwenden sein, um so mehr als auch für die Hauptverhandlung nach § 273 Abs. 2 MStGO. Ausschluß des Gerichtsherrn gilt, um deren teilweise Antizipation es sich hier handelt.

Anschauung unerläßliche Moment der vollen Unabhängigkeit. Vgl. entsprechend auch ERMG. Bd. 7 S. 300: „Nach all diesem fehlt dem Untersuchungsführer sowohl wie dem richterlichen Militärjustizbeamten — sofern letzterer nicht etwa als Mitglied des erkennenden Gerichts tätig ist — die für ein Gericht erforderliche Eigenschaft einer selbständigen, mit Ausübung der Gerichtsbarkeit ausgestatteten, nach eigenem Ermessen für die Zwecke des Strafverfahrens tätig werdenden Stelle".

Dem oben Bemerkten Entsprechendes (richterähnliche Rolle des Gerichtsoffiziers) gilt in gewissen Fällen auch für gewisse Akte des Gerichtsoffiziers außerhalb des Ermittelungsverfahrens, die hier des Zusammenhangs wegen behandelt werden sollen, nämlich für gewisse Ermittelungen vor Einleitung desselben, während desselben (aber bezüglich anderer strafbarer Handlungen) und nach Abschluß desselben. Ersteres im § 153 Abs. 3 („im Notfall", s. die Ersuchung eines Amtsrichters), das zweite im § 169, das letzte in den §§ 270, 271 Abs. 2, 388 Abs. 1 MStGO. (in diesen Fällen hat der Gerichtsherr die Wahl: durch Gerichtsoffizier oder Ersuchen eines Amtsrichters). Der erste Fall findet seine Analogie in dem Amtsrichter im Ermittelungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses (§§ 161 Abs. 1 Satz 2, 163 StPO.), der zweite im Untersuchungsrichter des bürgerlichen Strafprozesses (s. § 189 StPO.), der dritte in dem beauftragten oder ersuchten Richter (§§ 222 ff. StPO.), nur daß hier der Gerichtsherr der Herbeiführende ist, nicht das Gericht. Im ersten und zweiten Fall ist bezüglich der Stellung des Gerichtsherrn, wie oben erwähnt, nicht Auftragsverhältnis gegeben (wohl aber im letzten), sondern Geschäftsführung ohne Auftrag. Das betr. § 130 MStGO. (Ausschließung usw.) Gesagte gilt auch hier. Ebenso § 167 Abs. 1 Satz 2 (Ausschluß des Gerichtsherrn von Untersuchungshandlungen), s. noch § 273 Abs. 2 MStGO. § 271 Abs. 1 MStGO. sieht zwar vor, daß der Gerichtsherr vom Termin zu benachrichtigen ist, wenn er ihn nicht selbst angeordnet hat. Daraus ist aber für den Gerichtsherrn das Recht der Anwesenheit nicht zu folgern (and. M., wie es scheint, Stenglein a. a. O. S. 216; wie hier Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 450: „Die Anwesenheit des Gerichtsherrn ist schon nach § 167 Abs. 1 und § 273 Abs. 2 ausgeschlossen"). Durch die Benachrichtigungspflicht von dem Termin wird dieser Grundsatz nicht umgestoßen, vielmehr ist die Benachrichtigung des Gerichtsherrn von dem Termin, den er dann ja selbst nicht angesetzt hat, lediglich darauf zurückzuführen, daß es ihm dadurch ermöglicht werde, den Gang der Handlung zu verfolgen und analog § 167 Abs. 1 MStGO. u. a. „die ihm zur Aufklärung der Sache geeignet erscheinenden Verfügungen" zu treffen, wofür auch der Passus im § 271 Abs. 1 MStGO.

spricht: „sofern dieser den Termin nicht selbst angeordnet hat“; denn wenn dies der Fall ist, ist ja der Gerichtsherr über den Verlauf des Verfahrens unterrichtet. Nach der Gegenmeinung müßte aus dem Recht der Anwesenheit des Gerichtsherrn gefolgert werden, daß der Gerichtsoffizier bei Vornahme einer solchen Handlung ganz unselbständig wäre, eine Folgerung, die dem im § 167 Abs. 1 Satz 2 und § 273 Abs. 2 MStGO. zum Ausdruck gebrachten Prinzip der relativen Selbständigkeit des Gerichtsoffiziers durchaus widerspräche und im Gesetz bestimmt hätte zum Ausdruck kommen müssen. Im Falle der §§ 153 Abs. 3 u. 169 MStGO. ist eine Benachrichtigung und Anwesenheit des Gerichtsherrn schon nach Lage der Sache ausgeschlossen.

Der Gerichtsoffizier handelt also in allen diesen Fällen als relativ bezw. tatsächlich selbständiges Ausführungsorgan des Gerichtsherrn.

III. Im übrigen hat, wie oben berührt, der Gerichtsoffizier eine dem Staatsanwalt im Ermittelungsverfahren bezw. der Voruntersuchung des bürgerlichen Strafprozesses ähnliche Stellung:

A. In der Stellung zum Gerichtsherrn prägt sich dies gemäß dem oben II A am Ende Gesagten nicht aus.[1])

B. Dagegen prägt sich diese staatsanwaltsähnliche Rolle in der Funktion des Gerichtsoffiziers aus:

So bei der Vornahme von Ermittelungen, die nicht richterliche Untersuchungshandlungen sind, beim Verlangen um Auskunfterteilung seitens öffentlicher Behörden (§ 160 Abs. 1 u. 2 MStGO. entsprechend dem § 159 StPO.). Hierher ist auch das Ersuchen an den Amtsrichter des Bezirks oder einen anderen Gerichtsherrn um Vornahme von Untersuchungshandlungen (§ 160 Abs. 3 u. 4 MStGO.), das Vornehmenlassen von Ermittelungen durch Behörden und Beamte des Polizei- und Sicherheitsdienstes (§ 161 MStGO. parallel § 159 StPO.) zu stellen: Funktionen, die entsprechend im bürgerlichen Strafprozeß vom Staatsanwalt vor-

---

[1]) Also relative Selbständigkeit; s. auch § 160 Abs. 4 MStGO. („in der Regel“), wonach er event. Ersuchungsschreiben allein unterzeichnen kann (so auch Begr. S. 115 zu §§ 153, 154 des Entw.: „Der Abs. 4 des § 153 will es offen lassen, daß der Untersuchungsführer in dringenden Fällen das Ersuchungsschreiben allein unterzeichnet“). Vgl. auch § 161 MStGO., wonach der Untersuchungsführer Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes ersuchen kann, d. h. allein, ohne einer Mitwirkung des Gerichtsherrn zu bedürfen. Er — der Untersuchungsführer — kommt hier allein in Betracht, einer Mitwirkung des Gerichtsherrn bedarf es nicht, denn der Paragraph spricht nur vom „Ersuchen des Untersuchungsführers“ (s. in diesem Sinne auch Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 360. Etwas anders Koppmann a. a. O. S. 265: Der Paragraph scheine vorzugsweise die Fälle im Auge zu haben, wo das Ersuchen vom Untersuchungsführer allein ausgeht).

genommen werden. Was speziell den ersteren Fall anbelangt, so bestimmt der § 160 MStGO. in seinem 4. Absatz: „Die Ersuchungsschreiben sind in der Regel von dem Gerichtsherrn und dem Untersuchungsführer zu unterzeichnen“.

Nach der Begründung S. 115 zu § 153 des Entw. will es der Abs. 4 offen lassen, „daß der Untersuchungsführer in dringenden Fällen das Ersuchungsschreiben allein unterzeichnet. Es wird dies namentlich erforderlich sein können, wenn er Untersuchungshandlungen außerhalb des Garnisonortes des Gerichtsherrn vornimmt“.[1])

Funktionell übt hier der Gerichtsoffizier Verfolgungstätigkeit aus als notwendiges, tatsächlich (s. o.) selbständiges Ausführungsorgan des Gerichtsherrn auf Grund generellen Auftrags (§ 159 MStGO.). Die Parallelen im bürgerlichen Strafprozeß bilden: in erster Linie der § 160 StPO., nach dem die Staatsanwaltschaft bei dem Amtsrichter des Bezirks, in dem die Handlung vorzunehmen ist, die Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung beantragen kann; sodann der § 183 StPO., der den Untersuchungsrichter ermächtigt, erforderlichenfalls den Amtsrichter um die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen ersuchen zu können. In beiden Fällen handelt es sich aber immer um richterliche Untersuchungshandlungen im Gegensatz zum § 160 Abs. 3 MStGO., wo lediglich von „Untersuchungshandlungen“, also auch nichtrichterlichen, die Rede ist. Koppmann a. a. O. S. 264 Anm. 4 ist der Meinung: „Das Wort ‚Untersuchungshandlung‘ begreift hier jedenfalls die richterlichen in sich, wenn es nicht überhaupt ohnehin nur diese im Auge hat, nachdem Satz 2, entsprechend dem § 160 der bürgerl. StPO., dem Ersuchten das Prüfungsrecht zugesteht, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falls gesetzlich zulässig ist, was eigentlich nur auf richterliche Untersuchungshandlungen passen dürfte“. Doch ist letzteres Argument keineswegs schlüssig: auch nichtrichterliche können doch gesetzlich unzulässig sein.

### B. Im einzelnen.

Wir betrachten nun im folgenden die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers im Ermittelungsverfahren — unvermeidbar ist hierbei auch eine Berücksichtigung der auf S. 51 genannten Parallelfälle

---

[1]) Dieses Alleinunterzeichnungsrecht muß aber auch dann gelten, wenn nach Erhebung der Anklage ein Ersuchen um Vornahme einer Untersuchungshandlung noch notwendig wird und sinngemäß natürlich hier für den Vertreter der Anklage. S. Prüf. Erg. VI, 15. (Vgl. auch Romen u. Rissom a. a. O. S. 272 u. Herz u. Ernst a. a. O. S. 721.) Über die Frage, welcher Gerichtsherr hier ersucht werden kann, s. unten.

außerhalb des Ermittelungsverfahrens (§§ 153 Abs. 3, 169, 270 f. u. 388 MStGO.) —, und zwar im einzelnen und gesondert nach ihrer sachlichen Verschiedenheit.

Wie schon flüchtig gestreift, handelt es sich im Ermittelungsverfahren des Militärstrafprozesses wie in dem des bürgerlichen um Materialsammlung, in beiden ist aber eingesprengt Arrest- und Beweissicherungsverfahren. Wir behandeln zunächst das Arrestverfahren.

## § 7.

### 1. Das Arrestverfahren.

Das Arrestverfahren ist ein Sicherungsverfahren mit provisorischem Charakter, provisorische Zwangssicherung des entweder wegen gefährdeter Möglichkeit künftiger Vollstreckung oder künftiger Feststellung sicherungsbedürftigen Strafanspruchs.[1])

Der angewendete Zwang besteht in Verhaftung oder in Beschlagnahme. Dies gilt auch für die Militärstrafgerichtsordnung (vgl. §§ 238 mit 233, 239 u. 175 ff., 180 MStGO.).

Diese Sicherungsmittel sind zu scheiden von den unselbständigen Zwangsmaßnahmen, die als Abwehrhandlungen gegen Störung des Verfahrens anzusehen sind. So z. B. die Zwangshaft des § 203 Abs. 2 MStGO. entsprechend dem § 69 Abs. 2 StPO.[2])

Als unterstützende Zwangsmaßnahme im Dienste des Arrestverfahrens kommt in Betracht die Durchsuchung, die freilich auch in einem anderen Verfahren als dem hier behandelten als Zwangsmaßregel angewendet werden kann.[3])

a) Fassen wir zunächst die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers bei der Verhaftung ins Auge.

Die zwangsweise Festnahme einer Person (Verhaftung) zu Sicherungszwecken ist sachlich betrachtet eine Rechtsschutzhandlung, denn durch sie wird der staatliche Strafanspruch und seine Feststellung bezw. Verwirklichung geschützt. Entschieden wird über die Inhaftnahme durch den Gerichtsherrn (§ 175 MStGO. s. o.), und zwar in der Weise, daß er allein, abweichend von der Bestimmung des § 97 Abs. 2 MStGO., den Haftbefehl zu erlassen hat. Eine Mitwirkung durch Unterschrift ist also hier für den Gerichtsoffizier ausgeschlossen. Seine Tätigkeit im Haftverfahren erstreckt sich auf Anregung der Erlassung des Haftbefehls durch

---

[1]) So Hegler a. a. O. S. 8 (204).
[2]) So Hegler a. a. O. S. 11 (207).
[3]) vgl. Hegler a. a. O. S. 21 (217) Anm. 7 u. z. B. MStGO. § 235 Abs. 2 (verb. „Verfolgung von Spuren").

den Gerichtsherrn. Er entwickelt also gar keine über das bloß Beratende hinausgehende Tätigkeit, weder als Ausführungs- noch als Ergänzungsorgan des Gerichtsherrn, der vielmehr hier alles selbst tut und tun muß.

b) Als weiteren Fall des Arrestverfahrens kennt die Militärstrafgerichtsordnung die Beschlagnahme (§§ 229 ff. MStGO.) und die Durchsuchung,[1] ebenfalls Sicherungsmaßnahmen zugunsten des staatlichen Strafanspruchs, seiner Feststellung bezw. Verwirklichung, daher auch hier sachliche Rechtsschutztätigkeit.

Hierbei ist aber zu unterscheiden, ob es sich um aktive Militärpersonen handelt oder nicht.

Im ersteren Fall steht (nach § 238 MStGO.) die Anordnung der Beschlagnahme und Durchsuchung dem Gerichtsherrn in erster Linie zu. Ein Unterschied zu dem unter a) behandelten Akte der Verhaftung besteht darin, daß auf den Beschlagnahmebefehl des Gerichtsherrn der § 97 MStGO. Anwendung findet,[2] der Gerichtsoffizier also diesen mit zu unterzeichnen hat. Er nimmt also insofern — neben dem Gerichtsherrn — einen Rechtsschutzakt vor der Funktion nach, in der Stellung zum Gerichtsherrn als notwendiges Ergänzungsorgan desselben.[3]

Muß eine Beschlagnahme bezw. Durchsuchung gegenüber anderen als aktiven Militärpersonen und den im § 238 Abs. 3 MStGO. bezeichneten Personen vorgenommen werden, so ist dem Gerichtsherrn die Anordnung und Durchführung hier genommen: nach § 239 MStGO. muß das Amtsgericht darum angegangen werden, das sie nach den Vorschriften des bürgerlichen Strafprozesses anzuordnen und auszuführen hat. Auf Verlangen ist aber stets die Militärbehörde zum Vollzug zuzuziehen.

Hier liegt keine Rechtsschutztätigkeit des Gerichtsherrn vor, er stellt nur das Ersuchen als Verfolger; sofern der Gerichtsoffizier, was nach § 97 MStGO. nicht erforderlich, das Ersuchungsschreiben mitunterzeichnet, unterstützt er den Verfolger bei diesem seinem Rechtsschutzgesuch, entwickelt also (unterstützende) Verfolgungstätigkeit als fakultatives Ergänzungsorgan des Gerichtsherrn.

c) Von diesen Regelfällen gibt es jedoch im Arrestverfahren Ausnahmen:

*α*) Nach § 180 MStGO. steht dem Untersuchungsführer, also auch dem Gerichtsoffizier — sobald die Voraussetzungen der (allein

---

[1]) Die letztere — obwohl nicht bloß im Dienst der Beschlagnahme stehend (z. B. § 236 MStGO. verb. „Verfolgung auf frischer Tat") — mag aus praktischen Gründen hier mit behandelt werden.

[2]) vgl. Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 424.

[3]) Betr. Vollzug der Durchsuchung s. § 237 Abs. 4 MStGO., wonach die Durchsicht der Papiere nur dem Gerichtsherrn und dem Untersuchungsführer zusteht.

von dem Gerichtsherrn verhängbaren) Untersuchungshaft (§ 176 MStGO.) vorliegen — das Recht der vorläufigen Festnahme zu.

Funktionell ist dies ein Selbsthilfeakt für den Strafanspruchberechtigten, vorgenommen durch den Untersuchungsführer als Organ desselben. Staatsanwaltsähnlich, s. für den bürgerlichen Strafprozeß Hegler a. a. O. S. 13 f. (209 f.) mit der Notwendigkeit nachträglicher Arrestentscheidung — Entscheidung über Rechtssicherung — aber hier nicht des Gerichts, sondern des Gerichtsherrn (§ 181 MStGO.). Sein Verhältnis zum Gerichtsherrn beruht nicht auf Auftrag, wohl auch nicht — nach dem oben Gesagten — auf einer neg. gest.o für den Gerichtsherrn als den zur Rechtssicherung (vgl. die übrigen in § 180 MStGO. genannten Personen) Berufenen, sondern es stellt sich dar als ein Handeln des Gerichtsoffiziers für den Strafanspruchberechtigten als zu sichernder Person (s. dazu oben S. 40).

*β*) Nach § 238 Abs. 1 Satz 1 MStGO. kann bei aktiven Militärpersonen, wenn Gefahr im Verzug, der Gerichtsoffizier als Untersuchungsführer die Beschlagnahme (auch von Briefen und Postsendungen § 233 MStGO.) und Durchsuchung anordnen. In diesem Fall nimmt er in Richterähnlichkeit Rechtsschutztätigkeit vor, Rechtssicherungsakte, und zwar im Verhältnis zum Gerichtsherrn selbständig. Dies ergibt sich hier schon aus der Sachlage („Gefahr im Verzug"). Hierbei handelt er ohne speziellen Auftrag des Gerichtsherrn statt desselben. Ein genereller Auftrag des Gerichtsherrn ist freilich in der Beauftragung mit dem Ermittelungsverfahren enthalten.[1])

## § 8.

## 2. Das Beweissicherungsverfahren.

Das zweite im Ermittelungsverfahren eingesprengte Verfahren ist das der Beweissicherung. Man muß es bezeichnen als ein auf Sicherung von Beweisen, die in einer künftigen Hauptverhandlung Verwendung finden sollen, gerichtetes Verfahren, das sich als ein antizipiertes Stück einer Hauptverhandlung darstellt.[2])

Dabei muß aber ein Unterschied gemacht werden, ob das Stattfinden künftiger Hauptverhandlung noch ungewiß ist, oder

---

[1]) Eine untergeordnete Funktion hinsichtlich des Arrestvollzugs als Aufsichtsperson nimmt der Gerichtsoffizier wahr im Falle des § 345 Abs. 3 MStGO. durch Anwesenheit bei Unterredungen des Verhafteten mit dem Verteidiger (im entsprechenden § 148 Abs. 3 StPO. ist Anwesenheit „einer Gerichtsperson" — ganz generell — vorgesehen). Er handelt hier natürlich im Auftrag des Gerichtsherrn als unselbständiges Ausführungsorgan desselben (fakultatives „kann" § 345 Abs. 3).

[2]) vgl. Hegler a. a. O. S. 25 (221 f.).

ob die Beweisaufnahme für eine bestimmt stattfindende Hauptverhandlung vor einem bestimmten Gericht Platz greift.[1])

a) Für den ersten Fall kommen die §§ 153 Abs. 3 159 a. E. (parallel zu § 158 Abs. 2 a. E. StPO. und § 188 Abs. 2 erster Fall StPO.), 160 Abs. 1 vgl. mit 195 Abs. 2 Satz 2, 165 Abs. 1—5 (entsprechend § 191 StPO.), § 305 Abs. 2, 169 (parallel § 189 StPO.),[2]) 357 MStGO. in Betracht.[3])

Während der § 153 Abs. 3 MStGO. ganz allgemein dem Gerichtsoffizier die Ermächtigung gibt, im Notfalle die erforderliche schleunige Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung — also auch eine Beweissicherung — vorzunehmen, und der § 159 MStGO. dem Gerichtsoffizier ganz allgemein die Erhebung der Beweise auferlegt, deren Verlust zu besorgen steht, behandelt § 195 Abs. 2 Satz 1, vgl. § 160 Abs. 1 MStGO., die Beweissicherung für den Fall, daß der Zeuge voraussichtlich an seinem Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert oder sein Erscheinen wegen zu großer Entfernung erschwert sein wird, durch eidliche Vernehmung schon im Ermittelungsverfahren.

In § 165 MStGO. sind Vorschriften für Einnahme eines Augenscheins, für Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, die voraussichtlich an ihrem Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert, oder deren Erscheinen wegen zu großer Entferung erschwert sein wird, gegeben (s. betr. Verlesung des aufgenommenen Protokolls in der Hauptverhandlung § 305 Abs. 2 MStGO.).

Eine Vornahme der Beweissicherung von Amts wegen legt der § 169 MStGO. dem Untersuchungsführer in dringenden Fällen dann auf, wenn sich im Laufe des Ermittelungsverfahrens der Verdacht weiterer militärgerichtlich zu verfolgender strafbarer Handlungen ergibt.

Auf Beweissicherung ist auch das Verfahren gegen einen im technischen Sinn „abwesenden“ Angeklagten zu beschränken nach § 357 Abs. 2 MStGO.

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß hier für die Beteiligten die Beweise gesichert werden, und zwar, wie vorhin schon bemerkt, bei Ungewißheit über Gericht und ob es überhaupt zu einer Gerichtsverhandlung kommt sowie ob überhaupt Klage erhoben wird — also eine Sicherung ins Ungewisse.

Wie beurteilt sich nun sachlich eine derartige Funktion des Gerichtsoffiziers?

Da die Beweissicherung hier eine Fürsorge für die Beteiligten

---

[1]) vgl. zu dieser Unterscheidung Hegler a. a. O. S. 25 ff. (221 ff.).
[2]) vgl. Hegler a. a. O. S. 50 (246).
[3]) Ein ähnlich gelagerter Fall: § 445 Abs. 3 MStGO.

bedeutet, so ist sie zu charakterisieren als eine Parallele zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, als fürsorgliches rechtspflegendes Handeln für die Beteiligten. (Für den bürgerlichen Strafprozeß vgl. Hegler a. a. O. S. 27 (223).

Die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers ist hier richterähnlich, besonders dem Amtsrichter und Untersuchungsrichter des bürgerlichen Strafprozesses ähnlich, aber ähnlich einem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht einem Rechtsschutztätigkeit ausübenden.

Im Verhältnis zum Gerichtsherrn ist er — da § 167 Abs. 1 Satz 2 MStGO. hier gilt — relativ unabhängig, wird tätig auf Grund des generellen Auftrages nach § 156 Abs. 1 MStGO. als notwendiges Ausführungsorgan, das die betreffenden Handlungen statt des Gerichtsherrn vornimmt.

b) Im zweiten Falle der Beweissicherung handelt es sich um solche für das Gericht der Hauptverhandlung bei bestimmt stattfindender Hauptverhandlung vor einem bestimmten Gericht.

Hierher gehören die Fälle der §§ 270, 271 Abs. 2, 388 Abs. 1 MStGO.[1]) Auch noch nach Abschluß des Ermittelungsverfahrens ja weiter nach Erhebung der Anklage kann eine Beweissicherung notwendig werden, wenn dem Erscheinen eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit oder Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen. In demselben Zeitpunkt, also nach Abschluß des Ermittelungsverfahrens und vor Beginn der Hauptverhandlung, kann nach § 271 Abs. 2 MStGO. noch eine weitere Beweissicherungshandlung erforderlich werden: die Vornahme eines richterlichen Augenscheins. Dasselbe gilt entsprechend für die Berufungsinstanz (§ 388 Abs. 1 MStGO.).

Hier ist ohne weiteres ersichtlich, daß eine mittelbare Rechtsschutzhandlung von dem beweisaufnehmenden Gerichtsoffizier für das erkennende Gericht der Hauptverhandlung vorgenommen wird (vgl. Hegler a. a. O. S. 27 f. [223 f.]). Der Gerichtsoffizier ist hier in richterähnlicher Rolle tätig, wie der beauftragte, ersuchte Richter der §§ 222 ff. StPO. Die Besonderheit gegenüber dem bürgerlichen Strafprozeß ist aber, daß dieser sachlich mittelbar Rechtsschutztätigkeit darstellende Akt vorgenommen wird nicht vom Richter, sondern vom Gerichtsoffizier, der zugleich Verfolger (bezw. Vertreter des Verfolgers) ist, weiter, daß er vorgenommen wird auf Auftrag des Gerichtsherrn[2]) hin, der zugleich Verfolger ist.

---

[1]) Die ja eigentlich außerhalb des Ermittelungsverfahrens liegen, aber hier des Zusammenhangs wegen behandelt werden sollen.

[2]) Für den es sich dabei um einen sekundären Hilfsakt im Dienste der Rechtsschutzgewährung handelt (s. o.).

Gemäß § 271 Abs. 1 MStGO. ist der Gerichtsherr von dem Termin zu benachrichtigen. Daß daraus nicht ein Anwesenheitsrecht des Gerichtsherrn und Unselbständigkeit des Gerichtsoffiziers im Verhältnis zum Gerichtsherrn gefolgert werden darf, wurde oben (S. 51 f.) schon ausgeführt, der Gerichtsoffizier ist vielmehr auch hier notwendiges Ausführungsorgan des Gerichtsherrn.

§ 9.

### 3. Die Materialsammlung im Ermittelungsverfahren.

Nach Ausscheidung des Arrest- und Beweissicherungsverfahrens wenden wir uns bei der Besprechung des Ermittelungsverfahrens der eigentlichen Materialsammlung und deren schriftlichen Fixierung zu.

A. Rechtlicher Charakter der Tätigkeit.

Gehen wir dabei von der Frage aus, für wen die Materialsammlung vorgenommen wird.

a) In erster Linie für den Gerichtsherrn als Verfolger, um eine Grundlage für sein Vorgehen zu schaffen (§ 168 MStGO.). Sie bildet die Grundlage für die Frage, ob nach Abschluß des Ermittelungsverfahrens Anklageerhebung oder Einstellung des Verfahrens zu erfolgen hat. Mit dieser Feststellung ist aber die Frage noch nicht erledigt, wir müssen sie vielmehr noch genauer untersuchen:

a) Zunächst stellt sie sich jedenfalls nicht als Rechtsschutztätigkeit dar — unterstützende Rechtsschutztätigkeit wie die Materialsammlung des Untersuchungsrichters in der Voruntersuchung des bürgerlichen Strafprozesses (s. Hegler a. a. O. S. 44 [240]). Denn es handelt sich nicht darum, daß auf Grund dieses Materials ein Rechtsschutzorgan eine autoritative Entscheidung fällt — nicht ein Eröffnungsgericht, wie bei der Voruntersuchung des bürgerlichen Strafprozesses —, denn ein solches ist ja im Militärstrafprozeß überhaupt mangels eines Eröffnungsbeschlusses nicht vorgesehen. Nicht das erkennende Gericht weil dieses nicht auf Grund des im Ermittelungsverfahren gesammelten Materials entscheidet (s. im Gegenteil § 315 MStGO. verb. „aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung"). Von den schon besprochenen Fällen der Beweissicherung abgesehen, findet nur ausnahmsweise und im Notfall eine Verwertung im Ermittelungsverfahren erfolgter Vernehmungen in der Hauptverhandlung statt. So § 305 Abs. 1, der bei Geisteskrankheit oder nicht ermittelbarem Aufenthalt eines Zeugen, Sachverständigen oder des Beschuldigten ein Verlesen

5*

früherer von einem Gerichtsoffizier oder richterlichen Militärjustizbeamten aufgenommenen Protokoll in der Hauptverhandlung gestattet, auch wenn sie nicht zum Zweck der Beweissicherung aufgenommen worden waren. Ähnlich bestimmt § 308 MStGO. bezüglich Erklärungen des Angeklagten, die früher in einem gerichtlichen oder Untersuchungsführerprotokoll aufgenommen worden waren, daß sie auch noch in der Hauptverhandlung zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis oder zum Zweck der Feststellung eines Widerspruchs mit einer früheren Aussage des Angeklagten verlesen werden können. Hierbei können auch solche Protokolle verlesen werden, die nicht zum Zweck der Beweissicherung im Ermittelungsverfahren vollzogen worden waren, sofern sie nur aufgestellt wurden von einem Gericht oder Untersuchungsführer, also auch von einem Gerichtsoffizier. Auch die Verwertung der Materialsammlung durch den Vorsitzenden bezw. Verhandlungsführer (§ 292 MStGO.) des Gerichts der Hauptverhandlung zwecks Verhandlungsleitung usw. ist nur mögliche Nebenfolge, nicht Zweck der Materialsammlung (vgl. Hegler a. a. O. S. 33 (229), 45 (241).

b) Nach dem eben Gesagten scheint es, als ob diese Materialsammlung nun eine Parallele zu der des Staatsanwalts im Ermittelungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses bildete, also eine Materialsammlung des Verfolgers bezw. hier für den Verfolger als solchen; der Gerichtsoffizier als Verfolgungsorgan eine Tätigkeit entwickelnd, die sachlich Verfolgungstätigkeit ist — (im Gegensatz zur Materialsammlung des Amtsrichters im Ermittelungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses und im Nebenzweck der Tätigkeit des Untersuchungsrichters in der Voruntersuchung des bürgerlichen Strafprozesses, welche, s. Hegler a. a. O. S. 33 f. [229], 45 f. [241], eine Art Parallele zur freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellt: Materialsammlung für die Interessenten zu ihrer Unterstützung als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit). Allein dies ist nur mit Einschränkungen richtig. Gewiß steht bei der Materialsammlung die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers weithin in Parallele mit der des Staatsanwalts, entwickelt er Verfolgungstätigkeit als Verfolgungsorgan. Aber es ist ihm eben doch nach dem oben Entwickelten im Ermittelungsverfahren in mancher Beziehung eine richterähnliche Stellung eingeräumt. Damit hängt zusammen, daß er — entsprechend wenigstens dem Untersuchungsrichter[1]) nach § 188 Abs. 2 Fall 2 StPO.[2]) — Material auch für den Beschuldigten sammelt. Nicht entscheidet hierfür, daß

[1]) vgl. betr. den Amtsrichter des bürgerlichen Strafprozesses in dieser Richtung Hegler a. a. O. S. 35 (231), 39 (235).

[2]) s. auch § 176 Abs. 2 Ziff. 2 StPO.

er auch nach ausdrücklicher Vorschrift von § 159 MStGO. die zur Entlastung dienenden Momente zu ermitteln hat, denn eine entsprechende Vorschrift besteht auch für den Staatsanwalt nach § 158 Abs. 2 StPO. Die Sammlung von Entlastungsmomenten (objektiv) ist eben etwas ganz anderes als die Sammlung von Material für den Beschuldigten (subjektiv). Wohl aber entscheidet, daß in der MStGO. § 159 a. E. sich Bestimmungen finden entsprechend denen des § 188 Abs. 2 Fall 2 StPO. Die Materialsammlung erfolgt eben nicht ausschließlich für den Verfolger, den Gerichtsherrn, durch dessen ausführendes Organ, den Gerichtsoffizier, sondern der Gerichtsoffizier hat nach § 159 a. E. auch die Erhebung aller Beweise herbeizuführen, „deren Aufnahme zur Vorbereitung der Verteidigung des Beschuldigten erforderlich ist". Insoweit bildet dann seine Tätigkeit eine Parallele zur Tätigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Unterstützung von Interessenten bei ihrer Materialsammlung), seine Rolle ist richterlich, aber ähnlich einem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Weiter liegt diese letztgenannte Situation auch da vor, wo er spezifisch richterliche Handlungen auch als Materialsammler für den Verfolger vornimmt, z. B. im Fall § 195 Abs. 2 Satz 1 vgl. mit § 160 Abs. 1 MStGO. (Beeidigung von Zeugen im Ermittlungsverfahren zur Herbeiführung einer wahrheitsgetreuen Aussage über eine Tatsache, von der die Erhebung einer Anklage abhängig ist). Bei der eigentümlichen Konzentration im Militärstrafverfahren — Tätigkeit parallel dem Staatsanwalt und parallel dem Amtsrichter im Ermittelungsverfahren und dem Untersuchungsrichter in einer Hand, in der des Gerichtsoffiziers, vereinigt — tritt letzteres allerdings nicht, wie beim Amtsrichter im Ermittelungsverfahren oder beim Untersuchungsrichter (§§ 160, 194 StPO.) darin äußerlich heraus, daß der Verfolger (Staatsanwalt) Anträge beim Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit stellt.[1])

c) Freilich im übrigen, soweit b) nicht zutrifft, sammelt er Material in Parallele zum Staatsanwalt als Vertreter des Verfolgers, entwickelt Verfolgungstätigkeit.

### B. Stellung des Gerichtsoffiziers.

Im Verhältnis zum Gerichtsherrn wird der Gerichtsoffizier dabei gewöhnlich kraft Auftrag des Gerichtsherrn tätig (§ 156 MStGO.). Dies auch in den Fällen A b, sofern er hier nur auf

---

[1]) Auch hier findet sich übrigens die Vornahme solcher Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne Antrag nach §§ 161 Abs. 1 Satz 2, 163, 157 StPO. im Ermittelungsverfahren ausnahmsweise, durchweg in der Voruntersuchung, s. Hegler a. a. O. S. 50 (246).

Grund der generellen Beauftragung mit dem Ermittelungsverfahren (§ 156 Abs. 1 MStGO,) tätig wird. Dabei ist aber seine Stellung richterähnlich (s. o.), er ist entsprechend verselbständigtes Organ im Verhältnis zum Gerichtsherrn, es besteht relative Selbständigkeit, besonders gilt § 167 Abs. 1 Satz 2 MStGO. In zwei Fällen wird er als neg. gestor — ohne Auftrag — tätig. Beide Fälle liegen außerhalb des generellen Auftrags nach § 156 Abs. 1 MStGO.: Einmal im Ausnahmefall des § 169 MStGO.: Ausdehnung der Untersuchungshandlung (Materialsammlung für den Gerichtsherrn, s. Abs. 2; vgl. Hegler a. a. O. S. 50 [246]) auf andere Tat in dringenden Fällen. Weiter im Fall des § 153 Abs. 3 MStGO.: Sammlung von Material vor Anordnung des Ermittelungsverfahrens im Notfall (für den Gerichtsherrn, s. § 153 Abs. 3 Schlußsatz MStGO.).

§ 10.

## 4. Abschluß des Ermittelungsverfahrens.

Während im bürgerlichen Strafprozeß das Ermittelungsverfahren durch den Antrag der Staatsanwaltschaft auf gerichtliche Voruntersuchung oder durch die Einreichung einer Anklageschrift bei dem Gericht zum Abschluß gebracht wird (§ 168 StPO.), während der Untersuchungsrichter nach § 195 StPO. die Akten der Staatsanwaltschaft zur Stellung ihrer Anträge zu übersenden hat, ist dem Gerichtsoffizier zur Pflicht gemacht, über das Ergebnis der Voruntersuchung dem Gerichtsherrn unter Vorlage der Akten mündlich oder schriftlich Vortrag zu erstatten (§ 243 MStGO.). Außerdem muß der von dem Gerichtsoffizier gestellte Antrag zu den Akten gebracht werden. Auf Grund dessen befindet nach § 245 MStGO. der Gerichtsherr — falls er nicht nach § 244 MStGO. eine Vervollständigung des Ermittelungsverfahrens anordnet — darüber, ob der Beschuldigte außer Verfolgung zu setzen oder gegen ihn einzuschreiten sei.

Hier tritt in der Stellung des Gerichtsoffiziers ein scharfer Gegensatz zutage gegenüber der des Amtsrichters im Ermittelungsverfahren und der des Untersuchungsrichters in der Voruntersuchung. Denn für diese ist grundsätzlich nicht vorgesehen, daß sie ihre *eigene* Ansicht über das Ergebnis des Ermittelungsverfahrens äußern. Dem Gerichtsoffizier dagegen ist dies geradezu zur Pflicht gemacht.

Auch sonst kann hier von Richterähnlichkeit nicht die Rede sein. Die betreffenden Handlungen fallen sachlich in den Kreis der Verfolgungshandlungen, selbstverständlich weder in den der Rechtsschutzhandlungen, noch in den der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die Stellung und Tätigkeit des Gerichtsoffiziers ist hier staatsanwaltähnlich. Nur ähnlich, denn er entscheidet nicht wie der Staatsanwalt über Erhebung oder Nichterhebung der Anklage, sondern liefert nur einen Bericht und stellt einen Antrag betreffs der Anklageerhebung. Sein Bericht und Antrag kann nicht etwa in Parallele gesetzt werden mit dem staatsanwaltschaftlichen Antrag betreffs Eröffnung des Hauptverfahrens begleitet von einer Darstellung des Ermittelungsergebnisses und den Akten (§§ 196, 197, 198 Abs. 2 StPO.). Denn die Adresse desselben ist kein Gericht, der Zweck nicht Herbeiführung einer auf Grund summarischer Prüfung erfolgenden autoritativen Entscheidung eines Gerichts,[1]) sondern die Adresse ist der Gerichtsherr, der Träger der Verfolgung, der Zweck Herbeiführung seines „Befindens" (§ 245 MStGO.) betreffs Erhebung der Anklage. In seinen Wirkungen ist dieses „Befinden" freilich dem Gerichtsbeschluß betreffs Eröffnung des Hauptverfahrens im bürgerlichen Strafprozeß ähnlich, durch die „Anklageverfügung" treten Wirkungen ein ähnlich dem Eröffnungsbeschluß. Sie ist Grundlage der Hauptverhandlung (vgl. § 317 MStGO. mit § 263 StPO.), mit ihr ist regelmäßig das Stattfinden einer Hauptverhandlung entschieden (§ 260 MStGO.). Sie ist aber eben ihm nur ähnlich, denn anderwärts tritt scharf der Unterschied von ihm, die Analogie zur staatsanwaltschaftlichen Entschließung über die Klagerhebung (§§ 151 ff. StPO.) bezw. der Klagerhebung oder dem nach Voruntersuchung gestellten Antrag der Staatsanwaltschaft heraus (§§ 195 Abs. 1, 196 Abs. 2 StPO.), nur daß eben hier kein Antrag, sondern ein Dekret, eine Verfügung vorliegt. So auch in der Zulassung einer Parallele zum sogen. Klagprüfungsverfahren (§§ 170 ff. StPO.), in den §§ 247 ff. MStGO. bei verfügter Einstellung,[2]) in der Statuierung des Legalitätsprinzips betreffs Anklageverfügung (§ 250 MStGO. parallel zu § 152 Abs. 2 StPO.), in der Fassung der Anklageverfügung (§ 254 MStGO. parallel zu § 198 Abs. 1 StPO.), im Fehlen einer relativ definitiven Wirkung der Verneinung, wie sie § 210 StPO. zeigt.

Aus dem Gesagten folgt für den Gerichtsoffizier, daß seine Tätigkeit hier *staatsanwaltähnlich* ist: er ist hier Gehilfe des Verfolgers, seine Tätigkeit ist eine die Verfolgung unterstützende Tätigkeit.

Im Verhältnis zum Gerichtsherrn erscheint er hier rechtlich nur als das abhängige obligatorische Ausführungs- bezw. Ergänzungsorgan, das über seine kraft Auftrags entwickelte Tätig-

---

[1]) s. darüber näher *Hegler* a. a. O. S. 54 (250) ff.

[2]) Die hier merkwürdigerweise mit Ablehnung der Einleitung eines Ermittelungsverfahrens zusammen behandelt wird (s. § 247 Abs. 1 MStGO.).

keit Bericht erstattet und an der Hand der Berichterstattung Vorschläge macht. Rechtlich ist ja der Gerichtsherr an seinen Vorschlag nicht gebunden, er kann anders „befinden“ (event. auch Vervollständigung des Ermittelungsverfahrens anordnen), aber tatsächlich hat er doch damit der Lage der Sache nach, als Informierter gegenüber dem zu Informierenden, das praktische Ergebnis des Ermittelungsverfahrens weithin in der Hand. Und auch rechtlich erfährt die erwähnte Abhängigkeit insofern eine Abschwächung, als die auf Grund seines Berichts und Antrags zu erlassende Verfügung von ihm nach § 97 Abs. 2 MStGO. mitunterzeichnet werden muß (ERMG. Bd. 9 S. 105; Elsner v. Gronow und Sohl a. a. S. S. 314 und Koppmann a. a. O. S. 181, 447 Ziff. 10); es folgt dies aus der Entstehungsgeschichte (nach dem Entwurf war der jetzige § 245 MStGO. einer der Fälle, in denen der Gerichtsherr allein unterzeichnen sollte, was aber in der Reichstagskommission in Wegfall kam), weiter aus dem klaren Wortlaut des § 97 Abs. 2 MStGO., da „eine im Laufe des Verfahrens ergehende Verfügung“ des Gerichtsherrn hier in Frage steht und das Gesetz für diesen Fall nichts anderes bestimmt. Demzufolge gilt hier auch der Abs. 3 des § 97 MStGO. für den Fall, daß der Gerichtsoffizier gegen die Anklageverfügung erfolglos Vorstellung erhebt, weil er sie mit den Gesetzen oder sonst maßgebenden Vorschriften nicht für vereinbar hält. Für diesen Fall wäre also die Entscheidung des Oberkriegsgerichts einzuholen, insoweit kann also von einer Abhängigkeit des Gerichtsoffiziers vom Gerichtsherrn nicht die Rede sein.

Fällt das „Befinden“ des Gerichtsherrn positiv aus, wird sonach die oben bereits besprochene „Anklageverfügung“ erlassen, so ist weiter noch zur Ergänzung derselben regelmäßig (s. § 255 Abs. 3 MStGO.) eine „Anklageschrift“ anzufertigen und jedem Beschuldigten gleichzeitig mit der Anklageverfügung bekannt zu machen. Sie ist — in Sachen der niederen Gerichtsbarkeit — ebenfalls von einem Gerichtsoffizier anzufertigen und zu unterzeichnen. Aber nicht — oder doch nicht notwendig, denn Identität des Untersuchungsführers mit dem Anklagevertreter ist nicht ausgeschlossen (§ 130 Abs. 1 MStGO.) — von dem Untersuchungsführer des Ermittelungsverfahrens, sondern von dem, welchen der Gerichtsherr mit der Vertretung der Anklage vor dem erkennenden Gericht beauftragt. Deshalb ist die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers als eine Art antizipierender Akt seiner Funktion als Anklagevertreter erst bei der Besprechung letzterer zu erörtern.

Mit der Bekanntmachung der Anklageverfügung an den Beschuldigten — nach § 256 MStGO. mündlich durch „einen“

Gerichtsoffizier [1]) — gilt nach § 258 MStGO. die Anklage als erhoben.

## II. Der Gerichtsoffizier als Vertreter der Anklage.

§ 11.

### 1. Antizipierende Akte desselben vor der Hauptverhandlung.

Die Hauptverhandlung setzt den Abschluß des Ermittelungsverfahrens, die obenerwähnte Anklageverfügung (mitunterzeichnet vom Gerichtsoffizier des Ermittelungsverfahrens) und deren Bekanntgabe an den Beschuldigten voraus.

Schon vor Beginn der Hauptverhandlung kommen aber gewisse Akte des Gerichtsoffiziers, der Anklagevertreter ist, in Betracht.

A. Es ist, wie schon gestreift, zur Ergänzung der Verfügung des Gerichtsherrn eine „Anklageschrift" anzufertigen (nicht erforderlich an Bord und im Felde), welche die Angabe der Beweismittel und der wesentlichsten Ergebnisse des stattgehabten Ermittelungsverfahrens enthält und die nach § 255 MStGO. zugleich mit der Anklageverfügung dem Beschuldigten bekannt zu geben ist.

Diese Anklageschrift ist nicht zu identifizieren mit der des bürgerlichen Strafprozesses (§§ 196 Abs. 2, 197, 198 StPO.). Vielmehr bildet die Parallele zu der letzteren weithin die Anklageverfügung,[2]) vgl. § 254 MStGO. mit § 198 StPO.; nur die Angabe von Beweismitteln und das Ermittelungsergebnis hat diese „Anklageschrift" der Militärstrafgerichtsordnung mit der der Strafprozeßordnung gemein, es ist also die letztere sozusagen hier zweigeteilt in „Anklageverfügung" und „Anklageschrift", wobei erstere nicht den Charakter eines Antrags, sondern den eines Dekrets, einer Verfügung trägt,[2]) letztere dagegen den Charakter eines informierenden Berichts von Verfolgerseite. Diese Anklageschrift ist, wie erwähnt, anzufertigen und zu unterzeichnen eben von dem Gerichtsoffizier, den der Gerichtsherr mit der Vertretung der Anklage vor dem erkennenden Gericht betraut hat (§ 255 Abs. 2 MStGO.) Es liegt hier, wie schon erwähnt, eine Art Antizipation von dessen Funktion als Anklagevertreter vor. Dieser ist hier Verfolgergehilfe, seine Tätigkeit die Verfolgung unterstützende Tätigkeit, staatsanwaltähnlich, wie ja auch die Anklageschrift der

---

[1]) s. unten III die Nebenfunktionen des Gerichtsoffiziers S. 70.
[2]) s. oben S. 64.

Strafprozeßordnung in den hier in Betracht kommenden Teilen vom Staatsanwalt verfaßt wird.

Im Verhältnis zum Gerichtsherrn ist der Gerichtsoffizier als Beauftragter tätig und als (obligatorisches) rechtlich, abhängiges[1]) Ausführungsorgan. So zutreffend die Ausführungen Autenrieths im Handwörterbuch für Militärstrafrecht „Anklageschrift" S. 28: „Äußerlich handelt es sich um eine Arbeit des betreffenden Gerichtsoffiziers bezw. Militärjustizbeamten; aus dem Wesen der Anklageschrift indessen erhellt, daß bei ihrer Anfertigung der Verfasser nicht nur die gesetzlichen Vorschriften über den notwendigen Inhalt, sondern auch die Richtlinien zu befolgen hat, welche in Ansehung der tatsächlichen und rechtlichen Begründung dem Willen des Gerichtsherrn entsprechen. Widersprüche zwischen Anklageverfügung und Anklageschrift sind ausgeschlossen, da die Anklageschrift lediglich die nachträgliche schriftliche Feststellung derjenigen Erwägungen ist, welche zur vorausgegangenen Anklageverfügung geführt haben. Auch Meinungsverschiedenheiten zwischen Gerichtsherrn und Gerichtsoffizier bezw. Kriegsgerichtsrat über die Begründung der Anklage in der Anklageschrift sind dann nicht denkbar, wenn die Anklageverfügung den beiderseitigen Überzeugungen entspricht . . . Meinungsverschiedenheiten über die Anfertigung der Anklageschrift können in allen Arten auf dem im MStGO. § 97 Abs. 3 vorgesehenen Weg zur oberkriegsgerichtlichen Entscheidung führen". Insoweit das Verfahren des § 93 Abs. 3 MStGO. hier, wie schon soeben gesagt, eingreift, ist die Abhängigkeit des Gerichtsoffiziers aufgehoben. Der § 97 Abs. 3 verb. „Weisung" findet hier um so mehr Anwendung, als diese Anklageschrift vom Gerichtsoffizier nicht nur mit-, sondern offenbar allein zu unterzeichnen ist.[2]) Nicht darf aber daraus — wie es Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 435 tun — gefolgert werden, daß es dem Gerichtsoffizier überlassen sei, den Umfang der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung nach eigenem Ermessen zu bestimmen (vgl. auch Autenrieth im Handwörterbuch für Militärstrafrecht „Anklageschrift" S. 28).

B. Weiter kommen als antizipierende Akte des Gerichtsoffiziers als Anklagevertreter vor der Hauptverhandlung in Betracht:

Akte der Mitwirkung bei Zusammenberufung des Gerichts (§ 261 Abs. 1 MStGO.). Hier, wo es sich um die Zusammenberufung des Gerichts zu künftigem Zusammentritt handelt,[3]) ist

---

[1]) Nach § 97 Abs. 1 MStGO.

[2]) vgl. auch Koppmann a. a. O. S. 449 Anm. 8.

[3]) vgl. Koppmann a. a. O. S. 459.

die Mitunterzeichnung durch den Gerichtsoffizier als bei einer im Laufe des Verfahrens erfolgenden Verfügung erforderlich.[1] Nicht dagegen in der rechtlich von der Zusammenberufung streng zu scheidenden „Bestellung" (§ 41 MStGO.) bezw. Berufung" (§§ 53, 261 Abs. 2 MStGO.), welch letztere nach Begr. S. 134 zu § 248 bis 251 des Entw. gleichbedeutend mit „Übertragung des Richteramts auf gewisse Personen" ist und nach § 261 Abs. 2 MStGO. im Dienstwege erfolgt. Hier beruft zum Teil nicht der Gerichtsherr, sondern der Kontingentsherr bezw. Kaiser;[2] Mitunterschrift des Gerichtsoffiziers ist also hier ausgeschlossen.[3] Praktisch sollen beide Maßnahmen nach Prüfungsergebnissen III, 25a nicht zusammen in einer Verfügung erfolgen. Gegebenenfalls bezieht sich die Mitunterschrift des Gerichtsoffiziers jedenfalls immer nur auf die Zusammenberufung nach § 261 Abs. 1 MStGO.

Der Gerichtsoffizier erscheint hier nicht sowohl als Verfolgergehilfe sondern als Ergänzungsorgan des Gerichtsherrn, als dessen, der das Gericht „hegt", in seiner überragenden Stellung als Inhaber der Gerichtsbarkeit im weiteren Sinne, genauer bei einem Justizverwaltungsakt. Im Verhältnis zum Gerichtsherrn erscheint er als Beauftragter, relativ selbständig nach § 97 Abs. 3 MStGO., der Anwendung findet, wenn auch Abs. 2 (s. oben) gilt, als obligatorisches Ergänzungsorgan.

C. Zu erwähnen ist noch die Mitwirkung bei der Festsetzung von Ort und Zeit der Hauptverhandlung durch Mitunterzeichnung (gemäß § 97 Abs. 2 MStGO.) der Verfügung des Gerichtsherrn (§ 264 MStGO.).[4] Die Mitunterzeichnung der Ladungen des Gerichtsherrn durch den Gerichtsoffizier (§ 265 MStGO.), vgl. Prüfungsergebnisse II, 34, wo ebenfalls die Mitunterzeichnung — die aus § 97 Abs. 2 MStGO. folgt — verlangt wird.[5] Sachlich erscheinen diese beiden Fälle als sekundäre Hilfsakte[6] im Dienste der Rechtsschutzgewährung, der Gerichtsoffizier als notwendiges Ergänzungsorgan hierbei kraft Auftrags.

---

[1]) vgl. Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 439; PrErg. VII, 6.
[2]) vgl. Koppmann a. a. O. S. 459; Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 314.
[3]) vgl. Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 440.
[4]) vgl. für die Notwendigkeit Elsner v. Gronow und Sohl a.a.O. S. 442 und dort. Zit.
[5]) Ebenso Romen u. Rissom a. a. O. S. 451 f.
[6]) vgl. Hegler a. a. O. S. 62 [258].

## § 12.

### 2. In der Hauptverhandlung.

Die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers in der Hauptverhandlung besteht einmal in der Vornahme eines Einleitungsaktes, dem Verlesen der Anklageverfügung (§ 297 Abs. 2 MStGO.), sodann in der Teilnahme an der Beweisaufnahme durch Fragen-, Antragstellung (§§ 293, 298 MStGO.), durch Einwirkung auf den Umfang der Beweisaufnahme nach § 299 Abs. 2 Satz 2 MStGO., event. auch Antrag auf Aussetzung wegen verspätet bekanntgegebener Beweismittel (§ 300 Abs. 2 u. 3 MStGO.), „Anhörung" im Fall § 302 MStGO. (betreffs Entlassung von Zeugen und Sachverständigen); nach Schluß der Beweisaufnahme in dem Plädoyer bezw. in der Erwiderung auf die Ausführungen des Angeklagten oder dessen Verteidigers (§ 312 MStGO.). Endlich ist zur Erweiterung bezüglich des Gegenstands der Aburteilung sein Antrag erforderlich (§ 319 Abs. 1 MStGO.).

Der Gerichtsoffizier tritt hier auf als Parteivertreter, er vertritt hier den Gerichtsherrn als Rechtsschutzsuchenden, Verfolger vor dem unabhängigen Gericht, das nur dem Gesetz unterworfen. Und gerade wegen dieser Unabhängigkeit des erkennenden Gerichts kann man die Stellung des Gerichtsoffiziers als Parteivertreter nicht leugnen: etwa dadurch, daß man sagte, der Gerichtsoffizier nehme als Organ des Gerichtsherrn Recht vor einem andern Organ des Gerichtsherrn (dem erkennenden Gericht). Daß diese Auffassung schief ist, wurde schon zu Beginn der Arbeit nachgewiesen[1]) und der Dualismus zwischen dem Gerichtsherrn (bezw. seinen Organen) einerseits und dem erkennenden Gericht andrerseits festgestellt. Die erkennenden Gerichte sind nicht „Organe" des Gerichtsherrn. Gewiß wird ja das erkennende Gericht von der Gerichtsbarkeit im weiteren Sinne des Gerichtsherrn insoweit berührt, als von ihm die Besetzung bezw. Berufung und Zusammenberufung (s. oben) ausgeht, aber es ist ganz unabhängig betreffend die Gerichtsbarkeit im weiteren Sinne, die Ausübung der Rechtspflege selbst, vor allem im Kernpunkt der richterlichen Entscheidungsfällung. Die Lage ist hier ähnlich wie die im bürgerlichen Strafprozeß sowie zum Teil im Zivilprozeß (Ehe- und Statussachen). Die Staatsanwaltschaft als staatliches Organ nimmt hier Recht vor einem andern, aber unabhängig gestellten staatlichen Organ, dem erkennenden Gericht. Man müßte also auch hier das Verfahren des Prozesses als eines Rechtsschutzverfahrens leugnen!

---

[1]) S. 13 d. Arbeit.

Nach dem soeben Gesagten ist also der Gerichtsoffizier hier Rechtsschutzsuchender bezw. richtiger Vertreter des rechtsschutzsuchenden Gerichtsherrn als Verfolgers, nicht Rechtsschutz o r g a n, Seine Funktion ist hier eine staatsanwaltschaftsähnliche, keine richterliche, ähnlich wie die eines Staatsanwalts des bürgerlichen Strafprozesses, der von seiner Staatsanwaltschaft mit der Vertretung der Anklage betraut worden ist. Auch er tritt als Rechtsschutzsuchender auf vor dem erkennenden Gericht. Auch er übt Verfolgungstätigkeit aus (vgl. R o s e n f e l d a. a. O. S. 104).

Der Gerichtsoffizier vertritt vor dem Rechtsschutzorgan die Anklage. Und nur er, nie eine Privatperson oder eine andere staatliche Behörde: Die Nebenklägerschaft des bürgerlichen Strafprozesses ist dem Militärstrafprozeß fremd.

Sein Verhältnis zum Gerichtsherrn läßt sich auf Grund der §§ 97, 255 Abs. 2, 263 Abs. 2, 273 MStGO. dahin bestimmen: er ist Beauftragter des Gerichtsherrn[1]) — denn ohne dessen Auftrag darf er nicht als Vertreter der Anklage in der Hauptverhandlung auftreten (§ 255 Abs. 2 MStGO.) —, Ausführungsorgan, und zwar obligatorisches Ausführungsorgan (s. § 273 Abs. 1 und bes. Abs. 2 MStGO.), weiter relativ unabhängiges, aber damit auch relativ abhängiges Ausführungsorgan des Gerichtsherrn, der ihm nach § 97 Abs. 1 MStGO. insbesondere Weisungen auch für das Plädoyer geben kann.[2])

Anderer Ansicht sind R o m e n u. R i s s o m a. a. O. und R i s s o m in GoltdArch. Bd. 58 S. 55 f., der an letztgenannter Stelle ausführt: „Die Anklageverfügung vertritt der Anklagevertreter. Nicht etwa der Gerichtsherr selbst. Dieser, der das erkennende Gericht, auch den von Amts wegen zu ernennenden Verteidiger bestellt, schwebt parteilos über dem Ganzen“: eine Auffassung, die von der doch nur bildlich zulässigen „Vertretung“ eines A k t e s (der Anklageverfügung) redet, die — einer falschen Tendenz zur Zentralisation entspringend — unter Hinwegsetzung über den grundlegenden § 12 MStGO. die Militärstrafgerichtsordnung lediglich monistisch einzig und allein in der Person des Gerichtsherrn konzentriert sehen will und im Texte[3]) oben schon widerlegt wurde. Vielmehr ist der Gerichtsoffizier hier als Beauftragter und relativ abhängiges Ausführungsorgan des Gerichtsherrn anzusehen, wie dies EntschRMG. Bd. 4 S. 39/40 zum Ausdruck bringt: „Nach § 255 Abs. 2 MStGO. beauftragt der Gerichtsherr einen Kriegs-

[1]) Im Fall § 263 Abs. 2 MStGO. event. des ersuchenden Gerichtsherrn (s. daselbst).

[2]) Was auch für § 263 Abs. 2 MStGO. eine Rolle spielt.

[3]) S. 13 d. Arbeit.

gerichtsrat mit der Vertretung der Anklage vor dem erkennenden Gericht; nach § 386 a. a. O. in der Berufungsinstanz einen Oberkriegsgerichtsrat oder Kriegsgerichtsrat. Nach § 97 a. a. O. ist er berechtigt, den Genannten Weisungen für die Behandlung der Untersuchungssache in diesem Stadium des Verfahrens zu erteilen. Dem erkennenden Gericht gegenüber erscheint sonach der Vertreter der Anklage mit all seinen Erklärungen als Beauftragter des Gerichtsherrn. Ob und inwieweit er sich etwa mit den Intentionen des letzteren in Widerspruch setzt, ist zunächst eine rein interne Angelegenheit zwischen ihnen beiden und steht dem erkennenden Gericht hierüber so lange kein Prüfungsrecht zu, als nicht der Vertreter der Anklage eine Funktion ausüben will, welche nach dem Gesetz lediglich dem Gerichtsherrn zukommt". Auch Rissom muß a. a. O. S. 56 im Grunde zugeben, daß § 97 Abs. 1 MStGO. auf den Gerichtsoffizier Anwendung findet, auch wenn er Vertreter der Anklage ist, nur, daß hier „mindestens" § 97 Abs. 3 MStGO. zwischen ihm und dem Gerichtsherrn Platz greift; auch er muß also das Weisungsrecht des Gerichtsherrn anerkennen. Das letztere hört — so auch Prüfungsergebnisse II, 31 — freilich auf, soweit es sich um Antragstellung auf Grund der Ergebnisse der Hauptverhandlung handelt. Aber nur insoweit. Hier ist er also selbständig. So besonders auch Mittermaier a. a. O. S. 586: „eine selbständige Verfügung wird ihm (dem Vertreter der Anklage) nur im § 319 gewährt". Eine gewisse Einräumung von Selbständigkeit liegt weiter in § 97 Abs. 3 MStGO. Endlich darin, daß nach § 273 Abs. 2 MStGO. der Gerichtsherr von der Anwesenheit bei der Hauptverhandlung ausgeschlossen ist. Dem Gericht gegenüber erscheint sein Vorbringen als im Auftrag des Gerichtsherrn erfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob es tatsächlich den gemäß § 97 Abs. 1 MStGO. gegebenen Weisungen des Gerichtsherrn entspricht und ohne daß der Gerichtsherr durch persönliches Erscheinen ein seinen Weisungen widersprechendes Vorbringen des Gerichtsoffiziers auf der Stelle erledigen könnte. Also halb abhängiges, halb selbständiges Ausführungsorgan des verfolgenden Gerichtsherrn!

## III. Die Nebenfunktionen des Gerichtsoffiziers.

### Vorbemerkung.

Nach der Behandlung der beiden Hauptfunktionen des Gerichtsoffiziers bleiben für eine weitere Erörterung nunmehr diejenigen Handlungen, die der Gerichtsoffizier außerhalb des Er-

mittelungsverfahrens (I) und der Rolle als Vertreter der Anklage (II) im Verlaufe des Prozesses vornimmt: Generell ist hier zu bemerken, daß der Gerichtsoffizier an all den verschiedenen oben bei den Funktionen des Gerichtsherrn erwähnten Arten von Tätigkeiten auch insofern teil hat, als er die betreffenden Verfügungen und Entscheidungen nach § 97 Abs. 2 MStGO. mitzuunterzeichnen hat. Und zwar gehören dazu auch die Verfügungen des Gerichtsherrn über Ansprüche gegen Dritte.[1]) Immer ist er hier notwendiges Ergänzungsorgan mit relativer (§ 97 Abs. 3) Selbständigkeit.

Neben dieser generellen Funktion gilt aber für den Gerichtsoffizier *Besonderes*, was im folgenden darzustellen ist.

§ 13.

## 1. Der Gerichtsoffizier als erkennendes Organ.

a) Entsprechend dem Strafbefehl des Amtsrichters im bürgerlichen Strafprozeß[2]) kennt die Militärstrafgerichtsordnung eine Strafverfügung, aber nur bei Übertretungen. Stets hat ihr ein Ermittelungsverfahren vorauszugehen (§ 349 MStGO.).

Nach der Begründung zum Entwurf (B. Grundlagen des Entwurfs, V. Strafverfügungen) ist als Grund das Fehlen einer Möglichkeit angegeben, in Abwesenheit des Angeklagten — mit Ausnahme der Fälle §§ 267 Abs. 2 u. 268 des Entw. (§§ 279 Abs. 2 u. 280 MStGO.) — eine Hauptverhandlung zu vollziehen: „An sich würden daher, von jenen Ausnahmefällen abgesehen, alle Angeklagten regelmäßig auch dann persönlich in der Hauptverhandlung zu erscheinen haben, wenn lediglich eine geringfügige Übertretung den Gegenstand der Anklage bildet. Die militärischen Rücksichten erfordern aber in solchen Fällen nicht unbedingt eine mündliche Verhandlung und ein persönliches Erscheinen des Angeklagten, im Gegenteil entspricht es dem Interesse des militärischen Dienstes, daß wegen bloßer Übertretungen oder Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle,[3]) soweit tunlich, die immerhin weitläufige

---

[1]) Dies bejaht die gesamte Literatur und Praxis: So besonders (für §§ 470 f. MStGO.) *Elsner v. Gronow u Sohl* a. a. O. S. 613; *Romen u. Rissom* a. a. O. S. 876; *Schlayer* a. a. O. S. 383 Anm. 217; für § 385 MStGO. *Elsner v. Gronow u. Sohl* a. a. O. S. 558; *Koppmann* a. a. O. S. 735; *Stenglein* a. a. O. S. 310; *Schlayer* a. a. O. S. 357 Anm. 217; *Romen und Rissom* a. a. O. S. 700.

[2]) Näheres darüber s. *Rosenfeld* a. a. O. S. 253 ff.; *Hegler* a. a. O. S. 67 (263).

[3]) Der entsprechende Passus des Entwurfs wurde jedoch in der 2. Lesung des Entwurfs im Reichstagsplenum gestrichen.

und oft kostspielige Hauptverhandlung erspart werde. Zu diesem Zwecke schlägt der Entwurf ein dem in der bürgerlichen Strafprozeßordnung (§§ 447 ff.) vorgesehenen Verfahren bei amtsgerichtlichen Strafbefehlen nachgebildetes Verfahren vor, wonach unter bestimmten Voraussetzungen und unter Offenhaltung des ordentlichen Rechtswegs eine Festsetzung der Strafe durch schriftliche Strafverfügung des Gerichtsherrn zulässig ist". Also neben dem militärischen Interesse (Vermeidung der immerhin Aufsehen erregenden Hauptverhandlung usw.) Gründe der Einfachheit, Billigkeit und der raschen Erledigung, ganz wie überhaupt im summarischen Verfahren des bürgerlichen Strafprozesses.

Die Strafverfügung ist eine schriftliche, die Strafe des Täters festsetzende Verfügung, die, wie § 349 Abs. 1 MStGO. ausdrücklich hervorhebt, „außer von dem Gerichtsherrn von einem Gerichtsoffizier oder Kriegsgerichtsrat zu unterzeichnen ist". Wie oben schon erwähnt, war nach der herrschenden Ansicht diese besondere Hervorhebung der Mitunterzeichnungspflicht des Gerichtsoffiziers bezw. Kriegsgerichtsrats deshalb geboten, weil § 97 Abs. 2 MStGO. mit der Bezeichnung „die im Laufe des Verfahrens ergehenden Entscheidungen" usw. nur die im Laufe des typischen Verfahrens ergehenden Verfügungen usw. versteht.[1])

Es treten hiernach — zunächst ohne Berücksichtigung des Abs. 3 § 349 MStGO. für den zur Mitunterzeichnung Berechtigten die Folgen ein, die im § 97 MStGO. festgelegt sind. Der Gerichtsoffizier übernimmt also „die Mitverantwortlichkeit für die Gesetzlichkeit der Strafverfügung und hat weiterhin das Vorstellungsrecht nach § 97 Abs. 3 MStGO. mit den dort bezeichneten Folgen.[2]) Die letzteren treten jedoch nur insoweit ein, als § 349 Abs. 3 MStGO. vgl. mit Abs. 2 nicht Abweichendes bestimmt: Weigert sich nämlich der Gerichtsoffizier mit zu unterzeichnen, weil er Bedenken hat gegen eine Festsetzung der Strafe innerhalb der vom § 349 im Abs. 2 MStGO. gezogenen Grenzen, so darf die Strafverfügung überhaupt nicht ergehen, sondern dem entgegenstehenden Bedenken Rechnung tragend muß das regelmäßige Verfahren hier Platz greifen, da „das in

---

[1]) s. S. 18 d. Arbeit; vgl. Begr. S. 153 zu § 334 d. Entw.: „Wegen der Mitwirkung der letztgedachten Personen bedurfte es einer besonderen Bestimmung, da § 91 Abs. 2 (vgl. § 96) nur von den im „Laufe des ‚Verfahrens', d. h. des regelmäßigen Verfahrens, ergehenden Verfügungen spricht". Siehe freilich andererseits Koppmann a. a. O. S. 688 Anm. 4; Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 537 vgl. mit S. 314.

[2]) vgl. Koppmann a. a. O. S. 688: „Daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Gerichtsherrn und Kriegsgerichtsräten usw. § 97 Abs. 3 gleichwohl Platz greifen muß, ist selbstverständlich". Dem ist wohl beizustimmen: durch die Vorschrift der Mitunterzeichnung wollten wohl auch die für solche geltenden Bestimmungen (§ 97 Abs. 2 Satz 2 u. 3 MStGO.) für anwendbar erklärt werden.

Rede stehende besondere Verfahren nur aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit stattfindet“ (Begr. S. 154 zu § 334 des Entw.). Somit: Erachtet z. B. der Gerichtsoffizier Einstellung des Verfahrens für geboten, im Gegensatz zum Gerichtsherrn, so sind nach erfolgloser Vorstellung die Akten unverzüglich dem Oberkriegsgericht vorzulegen und ist dessen Beurteilung abzuwarten.

Hält aber andererseits der Gerichtsoffizier im Gegensatz zum Gerichtsherrn z. B. eine die Dauer von 14 Tagen übersteigende Haftstrafe für geboten, so ist seinem Bedenken Rechnung zu tragen und gemäß § 349 Abs. 3 MStGO. das ordentliche Verfahren mit Anklageverfügung und Hauptverhandlung usw. in Gang zu setzen.

Man sieht, die Beschränkung für den Gerichtsherrn ist für den letzten Fall eine so starke, daß von einem Subordinationsverhältnis hier nicht die Rede sein kann: Sobald der Gerichtsoffizier seinen Widerspruch auf Bedenken in dieser Richtung (Strafsetzung innerhalb der Grenzen des § 349 Abs. 2 MStGO.) gründet, ist der Gerichtsherr ihm gegenüber machtlos! Also hier steht der Gerichtsoffizier *selbständig neben* dem Gerichtsherrn, erscheint insoweit überhaupt nicht als abhängiges Organ des Gerichtsherrn, sondern als durch die Militärstrafgerichtsordnung unabhängig neben ihm berufenes notwendiges Ergänzungsorgan. In den andern Fällen dagegen erscheint er als notwendiges Ergänzungsorgan mit (§ 97 Abs. 3 MStGO.) relativer Selbständigkeit. Funktionell handelt es sich hier in allen Fällen um Ausübung von Rechtsschutztätigkeit. Denn in der Strafverfügung liegt ja sachlich nichts anderes vor als eine Ersetzung des Spruchs des Richterkollegiums durch einen Bescheid des Gerichtsherrn und Gerichtsoffiziers, also (entscheidende) Rechtsschutztätigkeit.

Der Gerichtsoffizier tritt auch hier wieder in richterähnlicher Funktion auf, aber anders als im Ermittelungsverfahren: dort entwickelt er entweder mittelbare Rechtsschutztätigkeit oder rechtssichernde Rechtsschutztätigkeit oder eine Art von freiwilliger Gerichtsbarkeit, hier aber übt er *unmittelbare Rechtsschutztätigkeit* im Sinn der Erkenntnis, der *Entscheidung*, aus.

b) Eine *prozessuale* Entscheidung trifft der Gerichtsoffizier als erkennendes Organ in den Fällen §§ 130 Abs. 4 Satz 2, 132 Abs. 1 Satz 2 MStGO.: Entscheidung über Ablehnung (seine eigene und die des Gerichtsschreibers).

Im Verhältnis zum Gerichtsherrn ist er nach der tatsächlichen Lage der Sache (s. besonders § 130 Abs. 4 Satz 2 vgl. mit § 130 Abs. 3, § 130 Abs. 4 Satz 3, § 132 Abs. 2 vgl. mit § 132 Abs. 1 Satz 2 MStGO.) nicht abhängiges Organ desselben und wird nur als generell, nicht als speziell Beauftragter des Gerichtsherrn und nur als generelles, nicht als spezielles Ausführungsorgan desselben

tätig: wohl ist gegen seine Entscheidung Rechtsbeschwerde an den Gerichtsherrn gegeben (§ 132 Abs. 2 MStGO.); dadurch kommt aber lediglich eine instanzenmäßige Überordnung des Gerichtsherrn zum Ausdruck.

c) In diesen Zusammenhang gehört auch die Frage, ob ein Gerichtsoffizier, d. h. eine Person, die als Gerichtsoffizier bestellt ist, als Mitglied des erkennenden Gerichts als Beisitzer oder Vorsitzender im Standgericht auftreten kann. Nach § 122 Ziff. 4 MStGO. ist dies insoweit zu bejahen,[1]) als derselbe nicht in derselben Sache als Untersuchungsführer im Ermittelungsverfahren oder als Anklagevertreter tätig war.[2]) So kann z. B. der Fall eintreten, daß zwei Gerichtsoffiziere vom Gerichtsherrn bestellt sind und der eine als Untersuchungsführer und Vertreter der Anklage, der andere als Beisitzer im Standgericht in Tätigkeit tritt. Freilich tritt der letztere hier nicht als Gerichtsoffizier, sondern als Offizierrichter auf.

Soweit er so als Mitglied des erkennenden Gerichts auftritt, kann er natürlich (s. oben) überhaupt nicht mehr als Organ des Gerichtsherrn bezeichnet werden. Ein Verhältnis irgendwelcher rechtlichen Art besteht zwischen ihm und dem Gerichtsherrn überhaupt nicht. Der Gerichtsoffizier ist hier als Offizierrichter unabhängig selbständig und übt sachlich Rechtsschutztätigkeit, genauer entscheidende Rechtsschutztätigkeit aus.

## § 14.

## 2. Der Gerichtsoffizier als Requisitionsrichter.

§ 160 Abs. 3 MStGO. bestimmt: „Die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen kann durch Ersuchen eines andern Gerichtsherrn oder des Amtsrichters des Bezirks, wo die Handlung vorzunehmen ist, herbeigeführt werden. Der Ersuchte hat zu prüfen, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falls gesetzlich zulässig ist“.

Das Gesetz behandelt hier das Ersuchen um Rechtshilfe, und zwar gestattet es eine solche nur bei Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen. Nach dem Wortlaut des Gesetzestextes geht das Ersuchen an einen „anderen“ Gerichtsherrn. Hierbei wird einstimmig in Literatur und Praxis die Zulässigkeit eines Ersuchens eines Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit an einen andern Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit sowie des Er-

---

[1]) Eine Möglichkeit, die Mittermaier a. a. O. S. 586 als „nicht unbedenklich“ bezeichnet.

[2]) vgl. über die Auslegung Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 328. Richtunggebend ist der Gedanke der Ausschließung dessen, der sich schon ein Urteil über die Sache gebildet hat (s. Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O.).

suchens eines Gerichtsherrn der höheren Gerichtsbarkeit an einen andern Gerichtsherrn der höheren Gerichtsbarkeit anerkannt.

Meinungsverschiedenheiten entstehen erst bei der Frage, ob ein Ersuchen eines Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit an einen Gerichtsherrn der höheren zulässig sei. Aus der Begründung ist über diese Frage nichts zu ersehen. Man wird sie aber — wie auch Koppmann a. a. O. S. 264 f. tut, der nur betont, es dürfe zu vermeiden sein — an sich bejahen müssen, und zwar eben im Hinblick auf die Tatsache, daß der Abs. 3 des § 160 MStGO. lediglich von einem „anderen" Gerichtsherrn spricht, also damit die Initiative zum Rechtshilfeersuchen nicht lediglich dem übergeordneten, sondern auch dem neben- und untergeordneten Gerichtsherrn verleiht.

Romen u. Rissom setzt sich daher a. a. O. S. 271 mit dem Gesetzestext in Widerspruch, wenn er mit Berufung auf Verordnung des preuß. Kriegsministeriums v. 18. 2. 1902 ausführt: „An Gerichte höherer Instanz (und damit auch an den Gerichtsherrn höherer Instanz) dürfen Rechtshilfeersuchen, z. B. um Leichenschau, nicht gerichtet werden".

Was endlich die letzte Möglichkeit: Ersuchen eines Gerichtsherrn der höheren Gerichtsbarkeit an einen solchen der niederen Gerichtsbarkeit, betrifft, so wird diese von Weiffenbach — ohne nähere Begründung — S. 54 a. a. O. bestritten: „insofern in Fällen der höheren Gerichtsbarkeit ein anderer Gerichtsherr zu ersuchen ist, muß das Ersuchen an einen Herrn der höheren Gerichtsbarkeit gerichtet werden". Auch diese Auffassung findet im Gesetz selbst keine Stütze; so auch Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 359; PrErg. II, 17b; I, 35; VI, 7, wenn man auch mit Koppmann a. a. O. S. 264 f.[1]) (vgl. Elsner v. Gronow a. a. O.; Herz u. Ernst a. a. O. S. 721 Anm. 7 zu § 160)[2]) fordern muß, daß diese Möglichkeit tunlichst nicht zur Anwendung komme. Denn es ist nicht unbedenklich, in den wichtigen Sachen der höheren Gerichtsbarkeit eine Untersuchungshandlung durch den Gerichtsoffizier, der gewöhnlich ein Nichtjurist ist, vornehmeu zu lassen,[3])

---

[1]) „Das Ersuchen von den Gerichtsherrn der höheren Gerichtsbarkeit an den der niederen dürfte zu vermeiden sein, ebenso umgekehrt."

[2]) „Es ist gesetzlich nicht ausgeschlossen, daß auch in kriegsgerichtlichen Untersuchungen das Ersuchen um Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen an einen Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit erlassen wird. § 160 Abs. 3 spricht allgemein von einem Ersuchen eines ‚anderen' Gerichtsherrn. Die Heranziehung der niederen Gerichtsbarkeit zur Feststellung des kriegsgerichtlichen Tatbestandes würde sich auch namentlich in der Marine nicht vermeiden lassen."

[3]) vgl. hierzu auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden bezüglich der Erledigung von Rechtshilfegesuchen im Felde (Deutsche Juristenzeitung Jahrg. 1917 S. 690). Hiernach sind Gerichtsoffiziere für die Erledigung von

obwohl es sich in der Praxis nie ganz vermeiden läßt, besonders bei der Marine (s. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O.; Herz u. Ernst a. a. O.).

a) Der Gerichtsoffizier als Ersuchender.

Eine Mitwirkung des Gerichtsoffiziers kommt in den eben erwähnten Fällen zunächst insofern in Betracht, als er das von seinem Gerichtsherrn (der niederen Gerichtsbarkeit) ausgehende Ersuchungsschreiben (i. S. des § 160 Abs. 3 u. 4 MStGO.) nach § 97 MStGO. alseine im Laufe des Verfahrens ergehende Verfügung seines Gerichtsherrn mit zu unterzeichnen hat. Seine Stellung ist hier die eines beauftragten, relativ selbständigen, obligatorischen Unterstützungsorgans des Gerichtsherrn, und zwar in seiner Eigenschaft als Verfolger, eine Funktion, auf die hier nicht mehr eingegangen zu werden braucht (s. Vorbem. zu III).

Über den Gerichtsoffizier als allein Unterzeichnenden — § 160 Abs. 4 MStGO. — s. oben S. 53.

b) Der Gerichtsoffizier als Ersuchter.

Während im bürgerlichen Strafprozeß der ersuchte Amtsrichter stets direkt ersucht wird, ist dies beim Untersuchungsführer der Militärstrafgerichtsordnung nicht der Fall. Vielmehr hat das Ersuchen nach § 160 Abs. 3 MStGO. stets von einem anderen Gerichtsherrn zu erfolgen; hierbei kann also der Gerichtsoffizier (als Organ des Gerichtsherrn) höchstens indirekt als ersucht bezeichnet werden. Nie darf der Gerichtsherr an einen Gerichtsoffizier direkt ein Ersuchen richten.[1]) Die auf das Ersuchungsschreiben erfolgende Tätigkeit des Gerichtsoffiziers wird daher stets nur ausgelöst auf Grund eines Auftrags von seiten seines Gerichtsherrn, der ersucht wurde und natürlich[2]) (s. Elsner v. Gronow und Sohl a. a. O. S. 359) die Untersuchungshandlung

---

Rechtshilfeersuchen hinsichtlich zum Heere gehöriger Personen, insbesondere zur Abnahme von Eiden im Felde nicht zuständig. (Eine Vorschrift in dieser Richtung bestehe nicht, vielmehr kommen nach § 1 N. 3 Ges. betr. freiw. Gerichtsbarkeit u. a Rechtsangelegenheiten in Heer und Marine v. 28. 5. 1901 „im Felde" nur die Kriegs- und Oberkriegsgerichtsräte in Betracht für Erledigung von Rechtshilfegesuchen unbeschadet § 13 EG. z. MStGO., der eine Sondervorschrift für Strafsachen enthält und neben nach and. gesetzl. Vorschriften zuständigen Behörden.)

[1]) Bezgl. der Rechtshilfeersuchen bürgerlicher Gerichte in Strafsachen vgl. § 13 EG. z. MStGO. u. § 9 EG. z. MStGO.: Auch hier darf der Gerichtsoffizier nie direkt ersucht werden. Bezgl. der Frage, ob und inwieweit er überhaupt zur Erledigung von Rechtshilfeersuchen der bürgerlichen Gerichte zuständig ist, vgl. vorhergehende Anmerkung.

[2]) Ein „muß" ist im Gesetz hierüber nicht ausgesprochen, aber die tatsächliche Sachlage führt zu einem solchen.

nicht selbst vornimmt, sondern einen ihm zur Seite stehenden Gerichtsoffizier mit der Erledigung beauftragt. Er handelt also als beauftragtes[1]) Ausführungsorgan. Abhängigkeit besteht für den Gerichtsoffizier mindestens für den Beginn seiner Tätigkeit; betreffs der Ausführung — es kann ja immer nur um Vornahme „einzelner" Untersuchungshandlungen nach dem Texte des § 160 Abs. 4 MStGO. ersucht werden — der Untersuchungshandlung aber relative Selbständigkeit, da § 167 Abs. 1 Satz 2 MStGO. wohl auch hier analog gelten wird,[2]) der Gerichtsherr also von der Teilnahme an der Untersuchungshandlung ausgeschlossen ist. Die Funktion des Gerichtsoffiziers ist hier richterähnlich (nicht etwa staatsanwaltähnlich): die im § 160 Abs. 3 MStGO. anheimgestellte Wahl mit dem Ersuchen des Amtsrichters führt uns selbst dann, wenn es sich nicht um spezifisch richterliche Untersuchungshandlungen handelt (s. oben), zu der Auffassung, daß er nicht unterstützendes Organ der Verfolgung — so wenig wie nach richtiger aber bestrittener[3]) Meinung der Amtsrichter im Ermittlungsverfahren des bürgerlichen Strafprozesses Gehilfe des Staatsanwalts ist —, sondern Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, das durch seine Tätigkeit den eigentlichen Zweck des Ermittlungsverfahrens, Unterstützung der am Prozesse Beteiligten bei ihrer Materialsammlung, erreichen hilft (vgl. Hegler a. a. O. S. 34—36 [230—232]).

## § 15.

## 3. Der Gerichtsoffizier als Urkundsperson.

Die Militärstrafgerichtsordnung beruft den Gerichtsoffizier in einer Reihe von Fällen zu Beurkundungen, die aber nicht gleichartig sind, sondern in den verschiedensten Formen auftreten:

a) Nach § 162 hat der Untersuchungsführer „alle die Untersuchung berührenden Tatsachen und Vorgänge, insbesondere alle von ihm vorgenommenen oder veranlaßten Ermittlungen aktenkundig zu machen".

§ 163 bestimmt außerdem, daß über jede Untersuchungshandlung im Ermittlungsverfahren ein Protokoll aufzunehmen ist, und läßt nur für minder wichtige Sachen den einfachen Aktenvermerk

---

[1]) Nach vorhergehender Anmerkung nicht rechtlich, aber tatsächlich notwendiges.

[2]) Nach der ratio der Bestimmung: Wahrung der Selbständigkeit des Gerichtsoffiziers.

[3]) vgl. v. Kries, Lehrb. S. 479: „Bei den einfachen Untersuchungshandlungen erscheint nun der Amtsrichter als Gehilfe des Staatsanwalts"; v. Bennecke-Beling a. a. O. S. 130, wo der Amtsrichter unter den Gehilfen der Staatsanwaltschaft behandelt wird; s. das bei Hegler a. a. O. S. 35 (231) Anm. 4 Zit.

zu. Beide Akte sind Beurkundungen von Geschehnissen, die vor oder von dem Beurkundenden erfolgt sind und die bei dem Aktenvermerk in formloser, beim Protokoll in besonderen gesetzlich vorgeschriebenen Formen (§ 164 MStGO.) vorzunehmen sind. Während der Gerichtsoffizier den Aktenvermerk allein zu unterzeichnen hat, muß das Protokoll wenigstens in den im § 163 Abs. 2 MStGO. vorgeschriebenen Fällen außer seiner Unterschrift noch die des notwendig beizuziehenden Gerichtsschreibers enthalten. In den übrigen Fällen einer notwendig werdenden Protokollaufnahme soll nach der Begründung (S. 116) zu § 156 des Entw. der Untersuchungsführer, „abgesehen von solchen Vorgängen, bezüglich deren ein einfacher Aktenvermerk genügt, ein Protokoll auch dann aufnehmen, wenn ein Gerichtsschreiber nicht zugezogen war“, in solchen Fällen also das Protokoll allein unterschreiben können. Aber „wenn die Zuziehung eines solchen (Gerichtsschreibers) erfolgt, so ist auch dessen Unterschrift erforderlich“.[1])

Diese drei Arten der Beurkundung seitens des Gerichtsoffiziers — betreffend Untersuchungshandlungen im Ermittlungsverfahren — stellen sich im Verhältnis zu letzteren als sekundäre Akte dar, die den Charakter der betreffenden Untersuchungshandlung teilen, die von dem beurkundenden Gerichtsoffizier beurkundet wird. Ebenso ist hierbei die Stellung des Gerichtsoffiziers zum Gerichtsherrn abhängig von der Stellung bei Vornahme der jeweils beurkundeten Untersuchungshandlung. Dasselbe über Stellung und Funktion gilt für den Gerichtsoffizier, der gemäß § 256 MStGO. dem Beschuldigten gegenüber — sofern dieser dem aktiven Heer oder der aktiven Marine angehört oder sich in Haft befindet — die von ihm nach den Vorschriften des § 255 MStGO. vorgeschriebene Bekanntmachung und Aufforderung bezüglich der Anklageverfügung vorgenommen und darüber ein Protokoll vollzogen hat, nur mit dem Unterschiede, daß er hier nur auf Grund eines speziellen Auftrags des Gerichtsherrn in Tätigkeit tritt (s. über diesen Fall unten § 16).

Eine Parallele zu diesen Beurkundungsarten finden wir im bürgerlichen Prozeß wenigstens insoweit, als dieser zwar den einfachen Aktenvermerk nicht kennt, wohl aber das Protokoll, das im Gegensatz zur Militärgerichtsordnung anstatt von dem Gerichtsoffizier oder Kriegsgerichtsrat von dem Amtsrichter oder Untersuchungsrichter neben dem Gerichtsschreiber zu unterzeichnen ist §§ 166, 185, 186 StPO.).

---

[1]) s. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 360, wo mit Recht drei Fälle unterschieden werden: 1. Vermerk vom Untersuchungsführer unterschrieben, 2. Protokoll vom Untersuchungsführer und Gerichtsschreiber unterschrieben, 3. Protokoll nur vom Untersuchungsführer unterschrieben.

b) Als Beurkundungsorgan begegnen wir dem Gerichtsoffizier auch im § 139 Abs. 2 MStGO.: „Die Beglaubigung (der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks)[1]) geschieht bei den Gerichten der niederen Gerichtsbarkeit durch einen Gerichtsoffizier, bei den übrigen Gerichten durch einen richterlichen Militärjustizbeamten". Es handelt sich also hier um einen Bestandteil der Bekanntmachungsform der Zustellung, welcher deren sekundäre Natur teilt, daher in seinem Charakter sich nach dem Verfahren bestimmt, in dem es erfolgt (s. Hegler a. a. O. S. 74 (270) Anm. 2: „Zustellungen sind sekundäre Akte, die den Charakter des Verfahrens annehmen, in dem sie erfolgen").[2])

Was hiebei seine Stellung zum Gerichtsherrn anbelangt, so tritt er zwar auf den Auftrag des Gerichtsherrn hin (§ 138 MStO.) in Tätigkeit, aber für die Vornahme der Beglaubigung selbst muß die Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1[3]) MStGO. ausgeschlossen werden, weil man doch dem Gerichtsoffizier nicht zumuten darf, etwas Unrichtiges zu beurkunden.

Mit der Beglaubigung übt der Gerichtsoffizier eine Tätigkeit aus, die im bürgerlichen Strafprozeß nach § 37 und vgl. mit §§ 170 Abs. 2, 210 Abs. 1 StPO. dem Gerichtsvollzieher bezw. Gerichtsschreiber bezw. Sekretär der Staatsanwaltschaft zusteht.[3]) Daß in der Militärstrafgerichtsordnung nicht entsprechend die Beglaubigung den Militärgerichtsschreibern übertragen wurde, wird in der Begründung (S. 108) zu § 132 des Entw. motiviert wie folgt: „Die Beglaubigung ist den Gerichtsoffizieren und richterlichen Militärjustizbeamten übertragen, nicht den Militärgerichtsschreibern, denn letztere nehmen nach dem Entwurf nur die Stellung von Bürobeamten ein, welche, von ihrer Mitwirkung bei der Aufnahme von Protokollen abgesehen . . ., ihren Dienst lediglich unter Verantwortlichkeit der betreffenden Militärjustizbeamten versehen und nicht dazu bestimmt sind, den dienstlichen Verkehr zwischen dem Gerichtsherrn oder den richterlichen Militärjustizbeamten und dritten Personen zu vermitteln. Es erschien im Gegenteil angezeigt, einen unmittelbaren dienstlichen Verkehr zwischen ihnen und den Mannschaften auszuschließen. Für die

---

[1]) Die Zustellung hat der Gerichtsherr zu veranlassen, mit Ausnahme des Reichsmilitärgerichts, wo sie durch den Präsidenten desselben veranlaßt werden (§ 138 MStGO.).

[2]) Dasselbe gilt auch für die ebenfalls einen Bestandteil der Bekanntmachungsform der Zustellung bildende Beurkundung der Aufgabe zur Post (§ 142 Abs. 2 MStGO. durch einfachen Aktenvermerk, für die offenbar ebenfalls der Gerichtsoffizier in Betracht kommt; s. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 343 und die dort Zit.; PrErg. I, 15.

[3]) s. Löwe-Rosenberg a. a. O. Anm. 25 zu § 37 StPO.

Fälle der niederen Gerichtsbarkeit kommt hinzu, daß hier vorzugsweise Unteroffiziere als Gerichtsschreiber tätig sein werden[1]) und die Übertragung der Beglaubigung an solche ohnehin den militärischen Verhältnissen als solchen nicht entsprechen würde".

c) Ähnlich wie im bürgerlichen Strafprozeß kennt die Militärstrafgerichtsordnung die Abgabe von Parteierklärungen zu Protokoll des Gerichtsoffiziers bezw. die Beurkundung der Abgabe solcher durch diesen.

aa) So § 369 Abs. 2 MStGO., der (neben der Möglichkeit schriftlicher Einreichung der Erklärung beim Gerichtsherrn) für die auf Einlegung oder Rücknahme von Rechtsmitteln sich beziehenden Erklärungen des Beschuldigten eine Abgabe zu Protokoll eines Gerichtsoffiziers[2]) vorsieht (entsprechend § 442 Abs. 2 MStGO.) betr. den Antrag auf Wiederaufnahme seitens des Angeklagten oder einer der im § 437 Abs. 2 MStGO. bezeichneten Personen.

Im Gegensatz zu der oben (a) behandelten Protokollierung einer Untersuchungshandlung, wird hier die Abgabe einer Willenserklärung des Beschuldigten (§ 369 Abs. 1 MStGO.) beurkundet. Hier übt der Gerichtsoffizier als Urkundsperson gerichtsschreiberähnlich[3]) sachliche Rechtsfürsorgetätigkeit aus. Diese Handlung stellt sich dar als Tätigkeit entsprechend der der freiwilligen Gerichtsbarkeit, als fürsorgliches Handeln im Interesse der Beteiligten, hier des Beschuldigten, als Parteiunterstützung.

Betreffs des Verhältnisses zum Gerichtsherrn ist schon oben S. 40 erwähnt, daß der Gerichtsoffizier hier diesem nicht „zur Seite steht", daß er daher demselben in voller Selbständigkeit gegenübersteht, sowohl bezüglich des Beginns seiner Tätigkeit — denn er tritt nicht auf Grund eines Auftrags des Gerichtsherr in Tätigkeit, sondern auf die Initiative (nicht Auftrag!) des Beschuldigten hin — als auch bezüglich der Ausübung seiner Tätigkeit.

§ 97 Abs. 1 bezw. 3 MStGO. kann hier keine Anwendung finden (man kann ihm doch nicht zumuten, Unrichtiges zu beurkunden).

bb) Weiter kommt der Gerichtsoffizier aber auch als derartige Urkundsperson in Betracht gegenüber Erklärungen des Gerichtsherrn, die sich auf Einlegung oder Zurücknahme von Rechtsmitteln bezeichnen. Hier ist schon genügend — aber andererseits

[1]) vgl. § 109 MStGO.; Dietz a. a. O. S. 240 oben.

[2]) Über die Art dieses „Protokolls", insbes. daß (nach § 163 Abs. 2 MStGO). Zuziehung des Gerichtsschreibers hier nicht nötig; s. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 548; RMGE. Bd. 1 S. 240, Bd. 3 S. 142.

[3]) vgl. §§ 348 Abs. 1, 355 Abs. 1, 381 Abs. 1 StPO.

auch notwendig — eine einfache Beurkundung (kein Protokoll) — zu den Akten durch einen Gerichtsoffizier (§ 368 MStGO.).

Diese Beurkundung der Einlegung eines Rechtsmittels ist streng zu scheiden von der eigentlichen Rechtsmitteleinlegungs-erklärung des Gerichtsherrn. Diese Erklärung kann mündlich oder schriftlich erfolgen.

Erfolgt die Erklärung des Gerichtsherrn schriftlich, so ist von dem beurkundenden Gerichtsoffizier [1]) (außer dem Aktenvermerk) [2]) das Schriftstück zu den Akten zu nehmen. Die Erklärung des Gerichtsherrn und die Beurkundung ihrer Abgabe sind also zwei getrennte Akte, die beide nötig sind, deren zweiter, die Beurkundung, der Gerichtsoffizier und er allein vornehmen kann. Wenn der Gerichtsherr die betreffende Erklärung mit eigenhändiger Unterschrift in den Akten abgibt oder als abgegeben beurkundet, so ist dies nicht ausreichend (PrErg. II, 63a). Die Mitunterzeichnung der Rechtsmittelerklärung des Gerichtsherrn durch den Gerichtsoffizier kann die Beurkundung nicht ersetzen (vgl. ERMG. Bd. 20 S. 155ff. u. dort Zit.). Wir sehen also hier das seltsame Schauspiel, daß der Gerichtsherr seine diesbezüglichen Erklärungen — mündlich oder schriftlich — an den Gerichtsoffizier richten muß und dieser sie zu den Akten beurkundet. Er funktioniert hier gerichtsschreiberähnlich [3]) als Urkundsperson Rechtsfürsorge-tätigkeit ausübend (s. oben S. 80), und zwar hier den Verfolger entsprechend wie unter aa den Beschuldigten unterstützend. Seine Stellung gegenüber dem Gerichtsherrn ist hier eine entsprechende wie oben bei aa: der Gerichtsherr wendet sich an ihn als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit, er steht demselben „nicht zur Seite“, daher ist er hier selbständig ihm gegenüber, § 97 Abs. 1 bezw. 3 MStGO. findet keine Anwendung (man kann ihm doch nicht zumuten, Unrichtiges zu beurkunden). Während die unter aa) erörterte Einlegung der Rechtsmittel durch Erklärung zu Protokoll ihre Parallele in den §§ 348 Abs. 1, 355 Abs. 1, 381 Abs. 1 StPO. findet — die in solchem Fall eine Erklärung zu Protokoll des

---

[1]) Auch hier kann sie nur von derjenigen Urkundsperson beurkundet werden, der gegenüber sie abgegeben wurde. Bei PrErg. XV, 11, die die Beurkundung einer schriftlichen Erklärung durch einen anderen Militärjustizbeamten als denjenigen, demgegenüber sie abgegeben wurde, zuläßt, ist — wie Romen und Rissom (a. a. O. S. 664) mit Recht ausführen — wohl an solche Fälle gedacht, in denen die schriftliche Erklärung mit dem Willen des Gerichtsherrn innerhalb der Frist an den zweiten Militärjustizbeamten gelangte.

[2]) Genügt bloßer Eingangsvermerk auf der schriftlichen Erklärung des Gerichtsherrn? Dagegen v. Loßberg in Strafrechtszeitung 1916 S. 65f. Aber wohl zu Unrecht: wird die und die schriftliche Erklärung als beim Gerichtsoffizier eingegangen von diesem vermerkt, so liegt darin Beurkundung ihrer Abgabe.

[3]) s. oben S. 79.

Gerichtsschreibers vorsehen —, kennt die bürgerliche StPO. einen dem § 368 MStGO. ganz entsprechenden Paragraphen nicht, da sie ja auch keinen Gerichtsherrn kennt. Legt die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel ein, so kann sie es (und wird es auch stets) schriftlich tun, obgleich eine Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers auch bei ihr an sich nicht ausgeschlossen ist (vgl. v. Kries a. a. O. S. 639: „Die Staatsanwaltschaft wird im allgemeinen die Erklärung nicht zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgeben; tut sie es trotzdem, so ist die Gültigkeit nicht zu bezweifeln“, s. a. Löwe-Rosenberg S. 50 Nr. 10 zu Buch 1 StPO.). Im ersteren Fall ist es aber nicht nötig, daß — wie bei der schriftlichen Erklärung des Gerichtsherrn — ihre Erklärung zu den Akten von einem Gerichtsschreiber beurkundet wird.

cc) Zum Schlusse seien hier noch einige Fälle aufgezählt, in denen der Gerichtsoffizier, soweit er dabei als Urkundsperson in Betracht kommt, eine den unter aa und bb besprochenen gleiche oder doch ähnliche Funktion und Stellung inne hat.

α) Zunächst im Falle des § 125 Abs. 2 MStGO., der Anbringung des Richterablehnungsgesuchs außerhalb der Hauptverhandlung zu Protokoll eines Gerichtsoffiziers zuläßt. Entsprechendes gilt nach § 130 Abs. 1 MStGO. für das Ablehnungsgesuch bezüglich eines Gerichtsoffiziers oder richterlichen Militärjustizbeamten. Es gilt hier ganz das zu aa) Gesagte.[1])

β) Auch die Fälle der §§ 382 u. 423 MStGO. gehören z. T. hierher. Der erste insofern, als § 382 MStGO. bestimmt, daß zum Zweck genauer Beschwerdepunktfixierung der Angeklagte durch einen Gerichtsoffizier darüber zu vernehmen ist, weshalb und inwieweit das Urteil von ihm angefochten wird. Inwieweit der Gerichtsoffizier hier als Parteierklärungen anregendes Organ wirkt, wird im nächsten Paragraphen behandelt werden.

Der § 423 MStGO. legt dem Gerichtsherrn bei Urteilen der Feld- und Bordgerichte die Pflicht auf, vor seiner Entschließung über die Bestätigung den Angeklagten, falls er verurteilt ist, durch einen Offizier, nicht notwendig, aber doch wohl häufig Gerichtsoffizier, protokollarisch darüber vernehmen zu lassen, ob und welche Beschwerden er gegen das Urteil vorzubringen habe.

Trotz äußerlicher Unterschiede liegen die beiden Fälle hier insofern gleich, als der Gerichtsoffizier event. Erklärungen des Beschuldigten zu protokollieren hat. Allerdings sagt § 423 MStGO. im Gesetzestext ausdrücklich, daß ein Protokoll über die „Vernehmung“ — besser wohl Anregung und daraufhin abgegebene Erklärung — des

---

[1]) Auch hier bedarf es zu dem Protokoll nicht der Zuziehung des Gerichtsschreibers; Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 332.

Angeklagten aufzunehmen ist. Aber auch für § 382 MStGO. ist dies anzunehmen.[1]) In § 423 MStGO. ist weiter durch den Wortlaut klargestellt, daß die Protokollierung auf Auftrag des Gerichtsherrn hin erfolgt, aber für § 382 Abs. 1 MStGO. ist dies ebenfalls anzunehmen.[2]) In diesen beiden Fällen übt der Gerichtsoffizier sachlich Fürsorgetätigkeit, Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus auf Auftrag des Gerichtsherrn hin als (notwendiges)[3]) Ausführungsorgan desselben, in der Ausübung seiner Tätigkeit diesem gegenüber selbständig. (§ 97 Abs. 1 u. 3 MStGO. kann aus den oben bei aa), bb) angeführten Gründen wohl auch hier nicht Anwendung finden, s. auch § 382 Abs. 2 MStGO.)

## § 16.

## 4. Der Gerichtsoffizier als Parteierklärungen anregendes Organ.

Wir begegnen in der Militärstrafgerichtsordnung vielfach der fürsorglichen Belehrung (vgl. Dietz a. a. O. S. 242: „Den Gefahren, die der freien Entschließnng des Beschuldigten im Hinblick auf das Gewicht der militärischen Befehls- und Gerichtsgewalt drohen, begegnet der Fürsorgegedanke, der besonders in dem — erweiterungsfähigen — Grundsatze der Belehrung des Beschuldigten über wichtige prozessuale Rechte erscheint“).

Um solche Fälle der Fürsorge handelt es sich auch hier:

a) Nach dem schon erwähnten § 382 MStGO.: Sind vom Angeklagten bei Einlegung der Berufung bestimmte Beschwerdepunkte nicht aufgestellt, ist namentlich nicht klar erkennbar, ob er die auf die Schuldfrage bezügliche Entscheidung oder welchen andern Teil des Urteils er anfechten will, so ist er durch einen Gerichtsoffizier oder Kriegsgerichtsrat darüber zu vernehmen, weshalb und inwie weit das Urteil von ihm angefochten wird.

Es handelt sich hier um Klarstellung der von dem Beschuldigten eingelegten Berufung gegen ein standgerichtliches Urteil (vgl. Begr. S. 162 zu §§ 363—368 des Entw.: „Daß ein Gerichtsoffizier

---

[1]) Koppmann a. a. O. S. 731 Anm. 2 a. E. will hier sogar den § 163 Abs. 2 MStGO. anwenden, wonach auch ein Gerichtsschreiber zuzuziehen wäre. Allein § 163 Abs. 2 MStGO. redet nur von der Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren. Er ist daher nicht anzuwenden und es bedarf solcher Zuziehung nicht; s. Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 557, vgl. mit S. 548.

[2]) verb. „durch“; vgl. auch Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 557, Begr. S. 162 zu §§ 363—368 d. Entw.

[3]) In § 423 MStGO. nur relativ notwendig, sofern der Akt auch durch einen anderen Offizier erfolgen kann.

nur beauftragt werden kann, wenn es sich um die Berufung gegen ein standgerichtliches Urteil handelt, glaubte der Entwurf als selbstverständlich nicht zu besonderem Ausdruck bringen zu müssen"). Zu diesem Zweck legt § 382 MStGO. dem Gerichtsoffizier die Pflicht auf, den Appellanten über fragliche Punkte zu „vernehmen". In Wahrheit handelt es sich aber nicht um ein „Vernehmen" des Beschuldigten wie im Ermittlungsverfahren (§§ 171 ff. MStGO.), Vernehmung über eine Beschuldigung, vielmehr nur um Anregung — und zwar unter Innehaltung strenger Objektivität — zur Vornahme eines Prozeßaktes, genauer zur Aufklärung, Determination einer unklar, unbestimmt abgegebenen Berufungserklärung (mit Beurkundung der gegebenen Aufklärung, s. oben § 15). Die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers ist demnach hier eine doppelte: einmal Anregung zu näherer Erklärung und dann Beurkundung der abgegebenen Erklärung. Die Beurkundung von seiten des Gerichtsoffiziers ist schon im letzten Paragraph behandelt worden. Der Schwerpunkt liegt hier aber bei der Anregung, die der Gerichtsoffizier gibt. Es handelt sich hier um Gerichtsschreiberähnlichkeit, um Vornahme eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit, um Parteiunterstützung; nur mit der Besonderheit, daß hier die Anregung nicht von dem Beschuldigten, der Partei ausgeht, sondern von dem vom Gerichtsherrn beauftragten Gerichtsoffizier. Im übrigen ist die Stellung des Gerichtsoffiziers entsprechend dem S. 83 Bemerkten zu charakterisieren; für die Selbständigkeit in Ausübung seiner Tätigkeit vgl. hier besonders § 382 Abs. 2 MStGO.

b) Ein ähnlicher, entsprechend zu charakterisierender Fall ist der ebenfalls bereits erwähnte des § 423 Abs. 1 MStGO.: „Vor der Entschließung über die Bestätigung hat der Gerichtsherr den Angeklagten, falls dieser verurteilt ist, durch einen Kriegsgerichtsrat oder Offizier protokollarisch darüber vernehmen zu lassen, ob und welche Beschwerden er gegen das Urteil vorzubringen habe". Im Unterschied zum vorher erwähnten § 382 MStGO. kann hier, wie gesagt, jeder Offizier als Organ der Bekanntmachung auftreten, also damit — nicht notwendig, aber doch möglicherweise — auch ein Gerichtsoffizier. Auch hier kann es sich nicht um ein „Vernehmen" über eine Beschuldigung handeln, der Fall liegt hier ganz entsprechend wie vorhin; daß der Gerichtsoffizier hier auf Auftrag des Gerichtsherrn hin in Tätigkeit tritt, ist hier durch den Wortlaut klargestellt, der hier die Wendung „vernehmen zu lassen" gebraucht. Der Auftrag geht von dem Gerichtsherrn aus, der das Gericht, von dem das Urteil gefällt ist, zusammenberufen hat (vgl.

Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 589; Koppmann a. a. O. S. 816).

c) Endlich gehören hierher noch die Fälle der §§ 256, 327 Abs. 4 MStGO., die ziemlich kompliziert liegen.

aa) Nach § 256 MStGO. erfolgt die Bekanntmachung der Anklageschrift an Beschuldigte, die dem aktiven Heer oder der aktiven Marine angehören oder sich in Haft befinden, mündlich durch einen Gerichtsoffizier oder Kriegsgerichtsrat. Die Fassung durch „einen" Gerichtsoffizier bedarf hier näherer Erläuterung. Zunächst ist es ohne weiteres klar, daß im standgerichtlichen Verfahren jederzeit ein Gerichtsoffizier zur Bekanntmachung verwendet werden kann. Nach PrErg. I, 35 ist die Bekanntgabe auch in Sachen höherer Gerichtsbarkeit durch den Gerichtsoffizier zulässig. Zudem bestimmt ja auch § 98 Satz 2 MStGO. für das Feld- und Bordverfahren, daß bei solchem ausnahmsweise die Kriegsgerichtsräte und Oberkriegsgerichtsräte im Falle ihrer Verhinderung durch Offiziere ersetzt werden können, „soweit die Umstände dies erfordern". In solchen Fällen kann also der Gerichtsoffizier — schon in seiner Eigenschaft als Offizier — zur Bekanntgabe auch in Sachen höherer Gerichtsbarkeit verwendet werden. Aber auch außerhalb dieser Grenzen ist dem Gerichtsoffizier eine Mitwirkung in Sachen der höheren Gerichtsbarkeit insoweit eingeräumt, als sein Gerichtsherr von dem übergeordneten Gerichtsherrn um Vornahme einer solchen Bekanntgabe ersucht werden kann und er dann auf Auftrag seines Gerichtsherrn (der niederen Gerichtsbarkeit) die Bekanntmachung vornimmt (§ 160 MStGO.; vgl. Romen u. Rissom a. a. O. S. 271; Herz u. Ernst a. a. O. S. 721 Anm. 7; PrErg. II, 17[b], I, 35; Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 359 u. 437; Schlayer a. a. O. S. 305). Durch die Fassung „einen" Gerichtsoffizier wird ferner zum Ausdruck gebracht, daß die Bekanntgabe der Anklageschrift nicht notwendig von dem mit der Anklagevertretung in der Hauptverhandlung beauftragten Gerichtsoffizier zu erfolgen hat. Als solches Organ der Bekanntmachung erscheint vielmehr hier jeder Gerichtsoffizier, sofern er nur dazu beauftragt ist. Betreffs seiner Tätigkeit und Stellung ist nun zu scheiden.

Zunächst seine Tätigkeit und Stellung als eigentliches Organ der Bekanntmachung siehe folgenden Paragraphen.

Darüber hinaus ist aber in Satz 2 des Abs. 1 § 256 MStGO. bestimmt: „Der Beschuldigte ist dabei aufzufordern, sich rechtzeitig zu erklären, ob und welche Anträge er in bezug auf seine Verteidigung zu stellen habe". Auch hier treffen wir wieder den in der Militärgerichtsordnung wie gesagt öfters hervortretenden Zug der Fürsorge für den Be-

schuldigten: der Beschuldigte soll durch diese Bestimmung zu Parteierklärungen angeregt werden. Diese Bestimmung ist also speziell unter die in vorliegendem Paragraphen behandelten Fälle zu stellen und teilt die unter a und b dargelegte Charakterisierung, wobei zu bemerken ist, daß hier die Ähnlichkeit mit einem Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch besonders dadurch klargestellt wird, daß hier nach Wahl auch der Amtsrichter um Vornahme dieses Aktes ersucht werden kann (§ 256 Abs. 2 MStGO.), der ja auch im Gebiet des bürgerlichen Rechts vielfach als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit auftritt.

Daß der Gerichtsoffizier im Falle des § 256 MStGO. hierbei auch noch als Urkundsperson auftritt, ist im vorhergehenden Paragraphen (S. 78 unter a) behandelt (vgl. § 256 Abs. 3 MStGO.).

bb) Nach § 327 Abs. 4 MStGO. kann ein in Abwesenheit verkündetes Urteil und — was hier einschlägt — die nach § 327 Abs. 3 MStGO. vorgeschriebene Belehrung über die Zulässigkeit der Berufung und (für den Fall, daß der Angeklagte erklärt, daß er sich bei dem Urteil nicht beruhige) über die bei Einlegung der Berufung einzuhaltende Frist sowie über den einzuschlagenden Weg auch durch einen Gerichtsoffizier oder Kriegsgerichtsrat zu Protokoll [1]) eröffnet werden.

Ein Gerichtsoffizier wird hier wohl nur bei standgerichtlichen Urteilen in Betracht kommen, so Koppmann a. a. O. S. 641 Anm. 11; Romen und Rissom a. a. O. S. 589 u. 695 f.; Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 520; Stenglein a. a. O. S. 281. Der Gerichtsoffizier wird hier wohl nicht auf Initiative des Gerichtsherrn, sondern des Gerichts, das das Urteil gefällt hat, in Tätigkeit treten; nicht für den Gerichtsherrn gibt er das Urteil bekannt, sondern für das Gericht, das die Entscheidung getroffen hat, er steht hier also überhaupt nicht dem Gerichtsherrn „zur Seite“.[2])

Im übrigen ist auch hier wieder, wie in allen hier angegebenen Fällen, seine Tätigkeit sachlich Rechtsfürsorge in Parallele zur

---

[1]) vgl. darüber, daß auch hier zur Aufnahme des Protokolls nicht Zuziehung des Gerichtsschreibers nötig ist, Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 520.

[2]) Anders, wenn man annimmt, daß der Gerichtsherr darüber befindet, ob von dem „kann“ des § 327 Abs. 4 MStGO. Gebrauch zu machen ist; so Koppmann a. a. O. S. 640 f. (allerdings zweifelnd): aber die Mitteilung des Urteils und Belehrung über die Rechtsmittel ist doch auch sonst Sache des Gerichts, s. § 327 Abs. 1—3 MStGO. Oder wenn man annimmt, daß das Gericht sich (ähnlich wie im Fall § 160 Abs. 3 MStGO.) nicht direkt an den Gerichtsoffizier, sondern nur an den Gerichtsherrn wenden könne. Dann würde er auf Grund Auftrags des Gerichtsherrn als (notwendiges) Ausführungsorgan desselben handeln, auch hier der Lage der Sache nach selbständig (§ 97 Abs. 1, 3 MStGO. kommt nicht zur Anwendung).

freiwilligen Gerichtsbarkeit; hier noch besonders durch die Parallele illustriert, daß im Falle der Anwesenheit des Angeklagten die „Belehrung“ durch den Gerichtsvorsitzenden (§ 327 Abs. 1 u. 2 MStGO.) erfolgt, und zwar nicht als von einem Entscheidungsorgan, sondern als einem Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das einen Rechtsfürsorgeakt vornimmt.

§ 17.

## 5. Der Gerichtsoffizier als Organ der Bekanntmachung.

Als solches tritt uns der Gerichtsoffizier in den schon in anderem Zusammenhang in den vorhergehenden Paragraphen besprochenen Fällen des § 256 MStGO. (Bekanntgabe der Anklageschrift) und des § 327 Abs. 4 MStGO. (Bekanntgabe des Urteils) dem Beschuldigten bezw. Angeklagten gegenüber entgegen.

Für diese Rolle gilt das für die Zustellung (S. 79) — die ja auch nichts anderes als eine der Bekanntmachungsformen ist und zum Teil vom Gerichtsoffizier vollzogen wird, daher ebenfalls zu den hier angeführten Fällen zu stellen ist — Bemerkte: Der Akt der Bekanntmachung ist sekundär, richtet sich in seinem Charakter nach dem Verfahren, in dem er erfolgt. So handelt es sich im Falle des § 256 MStGO. um Verfolgerunterstützung, im Falle des § 327 Abs. 4 MStGO. dagegen um eine sekundäre Rechtsschutzhandlung, da hier die Bekanntmachung als ein den Entscheidungs- und Rechtsschutzakt unterstützender Akt erscheint.

Betreffend die Frage der Stellung zum Gerichtsherrn gilt hier das auf S. 86f. Bemerkte.

§ 18.

## 6. Der Gerichtsoffizier als Vollstreckungsorgan.

§ 138 MStGO. spricht die Befugnis zur Veranlassung der Vollstreckung von Entscheidungen und Verfügungen, § 451 MStGO. die der Anordnung der Strafvollstreckung dem Gerichtsherrn zu. Er ist leitendes Vollstreckungsorgan entsprechend der Staatsanwaltschaft nach § 483 Abs. 1 StPO.[1]) Die Strafvollstreckung ist Rechtsschutztätigkeit, genauer Rechtsverwirlichung, nach richtiger,[2]) wiewohl bestrittener[3]) Meinung nicht Verwaltungsakt. Hier also

---

[1]) vgl. Hegler a. a. O. S. 71 [267] Anm. 6 betr. die Staatsanwaltschaft als „leitendes Vollstreckungsorgan“.

[2]) vgl. Hegler a. a. O. S. 71 [267] Anm. 4; Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898, S. 751.

[3]) z. B. von v. Kries a. a. O. S. 113: „Zur Justizverwaltung gehört auch die Strafvollstreckung“; s. auch oben S. 2.

Rechtsschutztätigkeit in der Hand des Verfolgers liegend — diesem übertragen, entsprechend der Staatsanwaltschaft hier dem Gerichtsherrn, wobei im Fall der Rechtshilfe der ersuchende Gerichtsherr Herr des Vollstreckungsverfahrens bleibt (vgl. Romen u. Rissom a. a. O. S. 841).

Was die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers auf dem Gebiet der Strafvollstreckung anlangt, so erfolgt diese zunächst dadurch, daß er die die Vollstreckung anordnende Verfügung des Gerichtsherrn (§ 451 MStGO.) zu unterzeichnen hat. Denn daß auch eine solche Verfügung noch zu den „im Laufe des Verfahrens erfolgenden“ Verfügungen gehört, folgt daraus, daß das Verfahren noch solange läuft, als in der rechtshängigen oder rechtshängig gewesenen Entscheidung noch etwas zu verfügen ist (vgl. auch Romen und Rissom a. a. O. S. 840 und die dort zitierte Literatur). Bedenken gegen diese Auffassung können nur entstehen im Hinblick auf § 463 MStGO.; dieser ermächtigt den Gerichtsherrn — und zwar immer den der höheren Gerichtsbarkeit — zur Umwandlung einer vom Gericht verhängten Geldstrafe in die entsprechende Freiheitsstrafe für den Fall, daß die im Urteil verhängte Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann und die Festsetzung einer in diesem Fall eintretenden Geldstrafe unterlassen worden ist. Diese Verfügung muß nach § 463 Satz 2 MStGO. von einem richterlichen Militärjustizbeamten mitunterzeichnet werden. Aus dieser Bestimmung könnte nun ein argumentum e contrario entnommen werden, dagegen, daß § 97 Abs. 2 u. 3 MStGO. an sich schon, also auch abgesehen von dieser Bestimmung, auf das Vollstreckungsverfahren anwendbar ist. Daß aber ein solches argumentum e contrario in diesem Falle aus § 463 MStGO. nicht entnommen werden darf, wird erklärlich, sobald man den Satz 2 als Pleonasmus auffaßt, als einen Redaktionsfehler, der zu einem solchen erst wurde, als er aus dem Regierungsentwurf — der die im heutigen § 97 MStGO. aufgestellten Grundsätze noch nicht so scharf entwickelt hatte — in den Kommissionsentwurf übernommen wurde, anstatt daß er dort — nach Aufstellung des im § 97 MStGO. festgelegten Prinzips — als überflüssig gestrichen worden wäre.[1]) Ein Gerichtsoffizier kann in diesem Falle nie zur Mitunterzeichnung in Betracht kommen, da nach der Fassung des § 463 MStGO. auch in Sachen

[1]) vgl. Koppmann a. a. O. S. 860. Ebenso betont auch Elsner v. Gronow u. Sohl a. a. O. S. 608: „Die Mitzeichnung durch den Militär-Justiz-Beamten hätte schon nach § 97 Abs. 2 zu erfolgen“. Wenn Koppmann bei dieser Gelegenheit als Beispiel eines weiteren Redaktionsfehlers den § 349 MStGO. anführt, so ist dies entsprechend der Auffassung des Ausdrucks „im Lauf des Verfahrens = des regelmäßigen Verfahrens“ für die Strafverfügung nicht zutreffend.

der niederen Gerichtsbarkeit der Gerichtsherr der höheren Gerichtsbarkeit die Umwandlungsverfügung zu erlassen hat. Die — wie wir nun festgestellt haben — aus § 97 MStGO. sich ohne weiteres ergebende Mitunterzeichnungspflicht des Gerichtsoffiziers bei der die Vollstreckung anordnenden Verfügung des Gerichtsherrn läßt seine Stellung als beauftragtes notwendiges Ergänzungsorgan des zugleich mit Rechtsschutztätigkeit betrauten Verfolgers, des Gerichtsherrn erkennen. Im Verhältnis zum Gerichtsherrn ist ihm (nach § 97 Abs. 3 MStGO.) eine gewisse Selbständigkeit eingeräumt.

Das soeben Ausgeführte gilt in gleicher Weise und in gleichem Umfang natürlich auch für weitere im Verlaufe der Strafvollstreckung notwendig werdende Entscheidungen und Verfügungen. So z. B. für den Fall des § 456 MStGO. (Aufschub der Vollstreckung) oder § 464 Abs. 3 MStGO. (Aufschub oder Unterbrechung durch Verfügung des Gerichtsherrn).

Was nun den eigentlichen Vollzug der Strafe anbelangt, so ist hier der Gerichtsoffizier als solcher niemals Vollziehungsorgan. Diese sind vielmehr in der Militärstrafvollstreckungsvorschrift bestimmt.

# Schluß.

## § 19.

## Kritik des geltenden Rechts, de lege ferenda.

Die vorliegende systematische Untersuchung hatte den Zweck, neben der Vielgestaltigkeit der Tätigkeit des Gerichtsoffiziers besonders auch deren Wichtigkeit für das ganze Prozeßverfahren der niederen Gerichtsbarkeit darzulegen; eine Wichtigkeit, die unwillkürlich eine Erklärung dafür verlangt, warum diese Funktionen von einem Nichtjuristen ausgeübt werden. Denn wenn auch in Preußen — zumal im Feldverfahren — öfters Juristen oder angehende Juristen die Funktionen wahrnehmen, ist dies doch nicht die Regel. Wir haben es hier mit einer Singularität gegenüber sämtlichen deutschen Prozeßverfahren, ja selbst dem Militärstrafprozeßverfahren gegenüber zu tun: denn wo sehen wir sonst[1]) einen Nichtjuristen als Führer des Ermittlungsverfahrens,

[1]) Abgesehen von dem de lege ferenda sehr anfechtbaren und auch angefochtenen (s. z. B. Wulffen, Beiträge zur Reform des Strafprozesses Bd. 1

sogar mit Recht zur Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen oder als Vertreter der öffentlichen Klage auftreten? Eine Abweichung von den sonst aus dem deutschen Rechtsbewußtsein fließenden Anschauungen, die einer näheren Untersuchung bedarf.

Lesen wir die Begründung des Entwurfs nach (II. Ausübung der Militärstrafgerichtsbarkeit, 2. Die erkennenden Gerichte S. 52), so wird dort die Übernahme des untersuchungsführenden Offiziers aus der preuß. Militärstrafgerichtsordnung von 1845 eigentlich lediglich aus äußeren Gesichtspunkten heraus begründet, nicht aus inneren. Der dort geltend gemachte Hauptgrund ist ein durchaus praktischer, nämlich der der Sparsamkeit: „Es würde überdies eine nicht zu rechtfertigende Stellenvermehrung erfordern, wenn jedem Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit für die verhältnismäßig wenigen und überdies keine Schwierigkeiten bietenden Straffachen ein richterlicher Militär-Justiz-Beamter zugeordnet werden sollte, für den sich schon im Frieden eine auch nur annähernd ausreichende Beschäftigung nicht finden ließe, und der im Kriegsfall ganz ins Freie fallen müßte, da die kleinen Truppenverbände nicht in der Lage sind, auch noch einen Justizbeamten mit ins Feld zu führen". Außerdem wurde darauf verwiesen, daß es sich in der niederen Gerichtsbarkeit stets um Bagatellsachen handele und ja auch durch das Mittel der Berufung die Möglichkeit gegeben sei, eine Rechtsverletzung wieder zu heilen. Zudem biete die Tätigkeit des Gerichtsoffiziers ein vorzügliches Mittel zur Schulung seines juristischen Verständnisses, das ihm dann u. a. auch später als Mitglied eines erkennenden Gerichts zugute komme. Auch habe sich das Institut des „untersuchungsführenden Offiziers" früher immer bewährt gehabt. Mit Recht bezeichnet M i t t e r m a i e r a. a. O. S. 587 diese Gründe als nicht stichhaltig mit Hinweis auf die hohe Bedeutung, die dem Ermittlungsverfahren und der ganzen Tätigkeit des Gerichtsherrn zukommt. Gerade diese letztere erfordert, daß dem Gerichtsherrn ein Ausführungs- und Nebenorgan zur Seite steht, das eine gewisse Selbständigkeit rechtlich besitzt und diese Selbständigkeit auch t a t s ä c h l i c h geltend machen und ausnützen kann, das weiter eine E r g ä n z u n g des Gerichtsherrn durch juristische Kenntnis und Erfahrung darstellt. Beides ist beim Gerichtsoffizier nicht der Fall. Wohl steht auch ihm das Klarstellungsrecht des § 97 Abs. 3 MStGO. zu, aber dem letzteren steht — wie R e h m, Wesen und oberste Prinzipien der neuen

[1908] Heft 2 S. 19, 40; R e i c h e l, P ö r t n e r, T r ü m m e r t in DJZ. Bd. 14 S. 1375 f., Bd. 15 S. 703 f., 1072) Fall der Verwendung von Laien als Amtsanwälte.

Militärgerichtsbarkeit in ZStW. Bd. 19 S. 430 besonders scharf hervorhebt — die ganze militärische Gewöhnung an Forderung bezw. an Leistung unbedingten Gehorsams gegenüber. „Es heischt große Selbstverleugnung des Gerichtsoffiziers, der in seiner ganzen sonstigen Dienststellung der unbedingten Macht des Gerichtsherrn in dessen Eigenschaft als Kommandeur untersteht, dem Kommandeur in dessen gerichtsherrliche Funktionen hemmend und störend in den Weg zu treten, und es fordert nicht minder Charakterfestigkeit des sonst an unbedingten Gehorsam gewöhnten Gerichtsherrn, den Widerspruch des Untergebenen unempfindlich zu ertragen und ihn nicht in Angelegenheiten des militärischen Kommando- und Verwaltungsdienstes, sei es willkürlich, sei es unwillkürlich, nachwirken zu lassen. Für die Praxis zum mindesten der niederen Gerichtsbarkeit dürfte die Abhängigkeit des Gerichtsherrn und vom Gerichtsherrn eine tatsächlich mehr oder weniger unbedingte sein." Dies erklärt sich naturgemäß aus dem anderen Moment, daß der sonst dem Gerichtsherrn unterstellte Gerichtsoffizier nicht das Gegengewicht juristischer Kenntnis und Erfahrung in die Wagschale werfen kann. Der § 97 MStGO. wollte solche Selbständigkeit und solche Ergänzung erreichen, denn — wie die Begründung S. 98 zu § 91 des Entw. ausführt — die richterlichen Militär-Justiz-Beamten sollen trotz ihrer Gehorsamspflicht gegenüber dem Gerichtsherrn „keineswegs blinde Werkzeuge in der Hand des Gerichtsherrn sein; sie sollen vielmehr dem Gerichtsherrn als rechtskundige Beamte mit ihrer Gesetzeskenntnis und ihrem juristischen Urteil zur Seite stehen und dafür Sorge tragen, daß nach Recht und Gesetz verfahren wird". Vergleichen wir aber den § 102 MStGO., der bestimmt, daß die Vorschriften des § 97 MStGO. auf den Gerichtsoffizier entsprechende Anwendung finden sollen, mit der aus der Begründung ersichtlichen ratio des § 97 MStGO., so finden wir, daß diese hier nicht Platz greift, daß also irrationell, schematisch übertragen wurde. Denn darnach trägt der Gerichtsoffizier als Nichtjurist nach Abs. 2 des § 97 MStGO. durch die Mitzeichnung neben dem Gerichtsherrn auch die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit der ergangenen Verfügung, ohne daß — nach der bei Dietz a. a. O. S. 239 sich findenden Fassung der ratio — „militärische Autorität und Rechts- und Gesetzeskunde hier vereinigt" wären. Wir haben also hier nicht eine Ergänzung des Gerichtsherrn durch juristische Kenntnis und Erfahrung, vielmehr stellt hier der § 97 MStGO. lediglich eine teilweise Abwälzung der Verantwortlichkeit des Dienstherrn, eines Laien, auf die Schultern eines anderen Laien, des Gerichtsoffiziers, dar, der ebenso, wie er selbst, ohne genügende juristische Vorbildung ist. Und Hand in Hand damit geht die mangelnde tatsächliche Selb-

ständigkeit des doch rechtlich Mitverantwortlichen. Wir sehen also, daß der Zweck des § 97 MStGO. erst dann voll und ganz erreicht wird, wenn auch in der niederen Gerichtsbarkeit ein juristisch geschultes Organ dem Gerichtsherrn zur Seite tritt.

Auch die zur Begründung herangezogene und dort zum Ausdruck gebrachte Ansicht, daß der „untersuchungsführende Offizier“ der alten preuß. Militärstrafgerichtsordnung von 1845 sich stets gut bewährt habe und auch schon aus diesem Grunde die Beibehaltung dieser Institution sich empfehle, blieb in der Literatur nicht unwidersprochen. So wendet sich gegen diese Anschauung hauptsächlich Solms in der DJZ. Bd. 1 S. 307, wo er ausführt: „Es ist die Ansicht verbreitet, daß das Institut der untersuchungsführenden Offiziere und ihre richterliche Tätigkeit sich eines besonderen Wohlwollens im Heere erfreue. Wer Gelegenheit gehabt hat, einen tieferen Einblick in die dadurch geschaffenen Verhältnisse zu tun und die Auffassung der beteiligten Herren selbst zu hören, wird dieser Ansicht kaum beipflichten. Ihre Entstehung verdankt diese Einrichtung keineswegs einem rechtlichen Bedürfnis, sondern lediglich Ersparnisrücksichten. Die unglücklichen Kriege zu Anfang dieses Jahrhunderts hatten den preußischen Staat in seinen Grundfesten erschüttert und dem finanziellen Ruin nahegebracht. Man hatte kein Geld zur Anstellung der erforderlich gewordenen Auditeure und griff zu dem Notbehelf, Offiziere mit richterlichen Funktionen zu betrauen. So wurden durch das Regulativ v. 21. 1. 1812 zur Reorganisation der Militärgerichte die untersuchungsführenden Offiziere eingeführt und damit ein Institut geschaffen, wie es keine weitere Armee eines Kulturstaates besitzt. Solange sich die richterliche Tätigkeit dieser Offiziere auf die Beurteilung leichterer militärischer Vergehen erstreckte, konnte sie ihre Aufgabe ohne wesentliche Schädigung erfüllen. Dies änderte sich mit der Zeit, in welcher der Umfang ihrer rechtlichen Geschäfte sich erweiterte, und ihnen auch die Untersuchung und Aburteilung bürgerlicher Strafreate zufiel, soweit bei diesen die zu erwartende Strafe eine sechswöchentliche Freiheitsstrafe nicht überstieg. Erwägt man, daß es sich dabei oft um hohe Lebensgüter, um Freiheit und Ehre eines Menschen handelt und daß der Offizier meist in jüngeren Jahren und für eine kurze vorübergehende Zeit das Amt eines untersuchungsführenden Offiziers ohne jede Vorbereitung auf den Befehl seines Vorgesetzten hin zu übernehmen hat, so wird man die Schwierigkeiten würdigen können, welche sich selbst den, alle Anerkennung verdienenden Bestrebungen dieser Herren entgegenstellen. Das Sprichwort, daß das Amt auch das dazu nötige Verständnis mit sich bringe, trifft nicht überall zu“. Dazu kommt noch, daß die

Hauptverhandlung der neuen Militärstrafgerichtsordnung, in der der Gerichtsoffizier als Vertreter der Anklage aufzutreten hat, an den Gerichtsoffizier ebenfalls viel größere Anforderungen stellt wie früher,[1]) insofern das Prinzip der Öffentlichkeit uud Mündlichkeit und Unmittelbarkeit gegenüber der preuß. Militärstrafgerichtsordnung dort ihren Einzug gehalten hat und entsprechend größere Anforderungen an den Gerichtsoffizier stellt und auf seiten des Angeklagten im Verfahren vor den Standgerichten kein Verteidiger steht (§ 337 Abs. 2 MStGO.), ausgenommen den Fall § 217 MStGO. (s. Koppmann a. a. O. S. 663f. Anm. 7—9; Stenglein a. a. O. S. 289).[2]) Zieht man dann noch ergänzend in Erwägung, daß auch das erkennende Standgericht lediglich nur aus Offizieren ohne eingehende juristische Vorbildung besteht, so wird man sich der Forderung nach einem rechtlich durchaus bewanderten Vertreter um so weniger verschließen können, als gerade beim Laiengericht die Art der Stellung der Anträge, die rechtliche Auffassung des Vertreters der Anklage in der Praxis tatsächlich das Hauptfundament bildet, auf dem sich die Entscheidung des erkennenden Gerichts aufbaut![3])

Wir sehen also, wenn aus unserer Kritik der bestehenden Institution des Gerichtsoffiziers die Forderung nach einer Besetzung durch einen richterlich vorgebildeten Militär-Justiz-Beamten herauswuchs, so sind es durchaus innere, auf dem Gebiete moderner Rechtsanschauung liegende Gründe: ihnen gegenüber stehen die in den Motiven de lege lata festgehaltenen Gründe, die — wie soeben nachzuweisen versucht wurde — nicht stichhaltig oder zum mindesten nur sekundärer Natur, zur Verschleierung des äußeren Hauptgrundes der Motive, der Sparsamkeit, bestimmt waren.

Freilich, dieser letztere darf auch de lege ferenda keineswegs ganz unberücksichtigt bleiben. Vielmehr ist er soweit wie möglich mit der oben aufgestellten Forderung in Einklang zu bringen, und zwar in folgender Weise:

---

[1]) Dies gibt die Begründung S. 73 zu §§ 9 u. 10 d. Entw. selbst zu: „Es läßt sich freilich nicht verkennen, daß der Entwurf, namentlich hinsichtlich der Hauptverhandlung, wesentlich gesteigerte Anforderungen stellt, aber nicht nur an den Gerichtsoffizier im Verhalten zu dem untersuchungsführenden Offizier der preuß. MStGO., sondern auch an die zu Richtern berufenen Offiziere".

[2]) Dagegen hält Elsner v. Gronow u. Sohl (a. a. O. S. 529) die Bestellung eines Verteidigers nach § 339 MStGO. von Amts wegen für möglich, § 337 Abs. 2 MStGO. schließe nur die Wahlverteidigung aus. Dies steht aber, wie er selbst zugibt, mit der Entstehungsgeschichte nicht im Einklang.

[3]) vgl. auch in der Richtung des oben Ausgeführten Schlayer, Deutsche Strafrechtsztg. 1914 S. 195, der als Fehler der MStGO. anführt „die Nichtmitwirkung eines Rechtskundigen bei der niederen Gerichtsbarkeit", daraus aber die Konsequenz zieht, daß diese „im ordentlichen Verfahren am besten ganz wegfiele".

Ein richterlicher Militärjustizbeamter wird mehreren Gerichtsherren zugeteilt und hat auf ihren Auftrag hin als Untersuchungsführer bezw. Vertreter der Anklage in Tätigkeit zu treten; einen Ausweg, den die Motive (II. Ausübung der Militärstrafgerichte betreffend, 2. Die erkennenden Gerichte) als „nicht empfehlenswert" bezeichnen: „Ein solcher Ausweg würde bei den oft weit zerstreuten Standorten der betreffenden Gerichte derartige Unzuträglichkeiten und eine solche Schwerfälligkeit der ganzen Einrichtung zur Folge haben, daß, von anderem abgesehen, die dringend gebotene rasche Erledigung vielfach nicht zu erreichen wäre. Im Felde und an Bord der Schiffe würden solche Auskunftsmittel aber ganz versagen".

Diesen in den Motiven geäußerten Bedenken kann aber u. E. nicht beigetreten werden. Denn — abgesehen davon, daß auch häufig auf dem Gebiet der militärischen oder bürgerlichen Justiz- oder Verwaltungstätigkeit mehrere Bezirke einer Person zur Ausübung ihrer Tätigkeit zugeteilt sind — würde etwa dadurch entstehender Zeitverlust schon dadurch wieder aufgehoben, daß damit das Ermittlungsverfahren, weil von sachverständiger Hand vorgenommen, ein viel gründlicheres sein würde. Damit wären zugleich bessere Grundlagen für die Hauptverhandlung geschaffen, die — außerdem noch durch die rechtskundigen sachlichen Anträge des Anklagevertreters unterstützt — eine rechtlich einwandfreiere und raschere Erledigung des abzuurteilenden Falles zuließe. Man denke nur an die oft recht schwierigen Zuständigkeitsfragen, die die Strafsache so manches Mal durch die mangelnde Gesetzeskenntnis des Gerichtsoffiziers bezw. Gerichtsherrn vor ein falsches Forum bringen, und die dadurch entstehende Vorschleppung des Verfahrens!

In wie vielen Fällen würde nicht der Berufungsinstanz die Aufrollung vorinstanzlicher Fragen nnd Fälle erspart, da jetzt die Notwendigkeit einer Berufungseinlegung in weit geringererm Maße eintreten würde!

Zuzugeben ist bei unserem Vorschlag allerdings, daß die Begründung recht hat, wenn sie sagt: „Im Felde und an Bord der Schiffe würden solche Auskunftsmittel aber ganz versagen". Denn es ist unmöglich, eine solch große Zahl von richterlichen Militärjustizbeamten im Felde, wo die Truppe leichtbeweglich erhalten werden muß, ständig mitzuführen.

Aber wenn man an die große Zahl der juristisch gebildeten Offiziere des Beurlaubtenstandes denkt, die im Kriegsfalle dem Gerichtsherrn der niederen Gerichtsbarkeit zur Verfügung stehen, so ist der Gedanke naheliegend, diese neben ihrer Tätigkeit als Frontoffiziere zur Vornahme der entsprechenden Funktionen

an Stelle der richterlichen Militärjustizbeamten heranzuziehen. De lege lata ist ja schon in § 98 MStGO. bestimmt, daß im Felde die Kriegsgerichtsräte, „soweit die Umstände es erfordern, durch Offiziere ersetzt werden können“.

Entsprechend wäre de lege ferenda zu verlangen, daß im Felde jedem Gerichtsherrn ein Offizier beigegeben wird, der die sonst den richterlichen Militärjustizbeamten obliegenden Funktionen zu versehen hätte, wobei, soweit die Umstände dies erlauben, nach Möglichkeit in erster Linie zum Richteramt befähigte Offiziere dazu verwendet werden sollen, so daß dann auch im Felde unter Berücksichtigung der Ausnahmeverhältnisse neben die militärische Autorität als Stütze die Rechts- und Gesetzeskunde tritt.

So weit die Vorschläge de lege ferenda. Wenn bei deren Durchführung das Prinzip der Sparsamkeit in seinem bisherigen Umfang nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, so möge zur Rechtfertigung dafür endlich noch der Hinweis dienen, daß die bestehende Einrichtung des Gerichtsoffiziers mit dem Rechtsempfinden weiterer Volkskreise nicht im Einklang steht, daß mit ihrer Änderung zugleich ein weitere wenn auch kleiner Schritt auf dem Wege der Modernisierung des Militärstrafprozeßverfahrens gemacht wird. Dies mag noch zur Unterstützung des Wunsches dienen, die hier angeregten Gedanken nicht kurzerhand „aus Ersparnisgründen“ von der Hand zu weisen. Möge ein glücklicher Ausgang des Weltkriegs zur Überwindung dieser äußeren Rücksichten im Interesse eines weiteren Ausbaus der Militärstrafgerichtsordnung beitragen helfen!

---

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.